

# Superior Tribunal de Justiça

## HABEAS CORPUS Nº 507.207 - DF (2019/0120943-9)

IMPETRANTE : IVAN MORAIS RIBEIRO  
ADVOGADO : IVAN MORAIS RIBEIRO - DF044785  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS  
PACIENTE : ██████████ (PRESO)

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de ██████████  
██████████ contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios,  
proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 2016.06.1.004758-8.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, no dia 04/04/2016, e denunciado pelo crime de homicídio qualificado por motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima, contra mulher por razão da condição do sexo feminino, no âmbito doméstico e familiar, pois utilizando-se de instrumento perfuro-cortante, desferiu violento golpe nas costas de sua esposa que estava dormindo e não pode esboçar qualquer reação defensiva, ferindo-a mortalmente. Afirma a exordial acusatória que o Réu matou a vítima por ela não admitir suas relações extraconjugais.

Pronunciado, foi submetido ao Tribunal do Júri e condenado à pena de 30 (trinta) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2.º, incisos I, IV e VI, § 2.º-A, inciso I, e § 7.º, inciso III, todos do Código Penal, c.c. o art. 5.º, inciso III, da Lei n.º 11.340/2006.

O acórdão de apelação impugnado manteve a condenação, porém deu parcial provimento ao recurso da Defesa, apenas para reduzir a pena para 28 (vinte e oito) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

O julgado guarda a seguinte ementa (fls. 43-44):

*"Homicídio qualificado: motivo torpe, feminicídio e recurso que dificultou a defesa da vítima. Nulidade posterior à pronúncia.*

*Defesa técnica. Prejuízo. Uso de algemas. Individualização da pena. Personalidade. Conduta social. Pena-base. Fração de aumento. Causa de aumento: crime cometido na presença dos filhos da vítima.*

*1 - No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu (súmula 523 do STF).*

*2 - Inexiste nulidade se a autoridade judiciária, em decisão fundamentada, após consulta à equipe de escolta, entendeu que era*

# Superior Tribunal de Justiça

*absolutamente necessário o uso de algemas pelos acusados para garantir a ordem dos trabalhos, a segurança das testemunhas e a integridade física dos presentes, nos termos do art. 474, § 3º, do CPP.*

*3 - Se o comportamento do réu foi hostil, insensível e irresponsável, admite-se a valoração negativa da personalidade.*

*4 - A conduta social, na individualização da pena, leva em consideração o papel do réu na comunidade, inserido, entre outros, no contexto familiar. Se o réu, sob efeito de drogas e álcool, praticava violência doméstica reiterada contra sua mulher, permanecendo hostil às necessidades dos filhos, possível a valoração negativa da conduta social e o aumento da pena-base.*

*5 - Recomenda-se o aumento da pena-base considerando a fração de 1/6 da pena mínima em abstrato, por circunstância judicial desfavorável.*

*6 - Se os filhos da vítima estavam no interior da residência no momento em que ocorreu o crime, o que lhes causou trauma indelével, incide a causa de aumento inciso III, § 7º, do art. 121 do CP.*

*7 - Apelação provida em parte."*

No presente writ substitutivo, defende o Impetrante que o julgamento do Tribunal do Júri apresentou nulidades insanáveis. Aduz que *"a Desembargadora revisora manifestou voto contrário ao Relator e concedeu Habeas Corpus de ofício para anular o julgamento"* (fl. 5).

Segundo afirma, tais nulidades na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, que não foram sanadas pelo Tribunal *a quo* no julgamento do apelo defensivo são as seguintes (fls. 6-9):

*"1. Ofensa à garantia do devido processo legal, prevista no inciso LIV do Artigo 5º da Constituição Federal, decorrente do julgamento contrário aos autos tendo em vista o fato de que o Ministério Público insistiu obstinadamente em considerar de maneira falsa que arma do crime se tratava de uma faca, quando, na verdade, fora um instrumento perfuro-contundente, conforme laudo pericial. Esse foi o objeto do Habeas Corpus de ofício concedido pela Desembargadora- Revisora, mas que não foi seguido por seus outros dois pares.*

*2. O excesso de linguagem utilizado nos quesitos quando se diz 'violento' golpe de faca ofende à garantia da ampla defesa, do contraditório, da plenitude de defesa e da presunção de inocência, previstas nos incisos LV, LVII e XXXVIII, alínea a, do Artigo 5º da Constituição Federal.*

*3. Ofensa à garantia da presunção de inocência, prevista no inciso LVII do Artigo 5º da Constituição Federal, e conseqüente nulidade do julgamento tendo em vista o uso arbitrário de algemas durante o plenário do Júri;*

*4. Ofensa à garantia da ampla defesa, do contraditório e da plenitude de defesa, previstas nos incisos LV, e XXXVIII, alínea a, do Artigo 5º da Constituição Federal, pela ausência de defesa técnica tendo em vista*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*uma atuação extremamente aquém do mínimo esperado por parte dos patronos da causa durante a fase de pronúncia e plenário do Júri;*

*5. Ofensa à garantia do devido processo legal, prevista no inciso LIV do Artigo 5º da Constituição Federal, quando do impedimento de depoimento de assistente técnico na sessão do júri, sob alegação de perda de prazo, o que não ocorreu;*

*6. Ofensa à alínea 'd', inciso III do Artigo 65 do Código Penal, bem como inciso I do Artigo 387 do Código de Processo Penal, tendo em vista o fato de que o Réu confessou o cometimento do crime, contudo o Acórdão aqui atacado foi omissivo quanto à análise desse fato questionado na Apelação.*

*7. Ofensa ao inciso III, §7º, Artigo 121 do Código Penal, bem como ao artigo 4º do Código Penal, pois, tanto a Sentença que foi alvo de [REDACTED] quanto o Acórdão embargado, consideraram que devido ao fato dos filhos estarem na casa, configurou-se a causa de aumento de pena, violando expressamente o comando dos supracitados artigos, que dispõem que os filhos precisariam ter visto o ato, presenciado o ato, e o agente ter o dolo de cometer o crime na presença dos filhos, mesmo que eventual, o que não aconteceu, nem ficou estabelecido, conforme demonstrado nos Autos.*

*8. Ofensa aos parágrafos 3º e 4º do artigo 159, do Código Penal, uma vez que o assistente técnico não foi admitido pelo juízo sob a alegação de preclusão, mesmo não havendo previsão legal para o término do prazo para a indicação de assistente técnico. Além disso, a defesa poderia ter indicado assistente técnico após a produção de cada um dos Laudos anexados ao processo havendo, com efeito, diversas oportunidades que foram igualmente negadas.*

*9. Ofensa ao artigo 261 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Ocorre que houve defesa técnica deficiente ao ponto de ser inexistente, o que foi desconsiderado pelo Acórdão.*

*10. Ofensa à Súmula 713, do STF, pois o verbete remete ao termo de interposição da apelação, e não à apresentação das razões recursais, privilegiando os fundamentos do Recurso, mas apesar dos memoriais de apelação visarem a consertar as omissões das razões de apelação, o Tribunal não conheceu de vários dos mesmos, pois sequer os citou no Acórdão."*

Posto isto, busca o Impetrante a concessão da ordem de *habeas corpus* para anular o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Subsidiariamente, sob alegação de arbitrariedade e desproporcionalidade no caso, requer que sejam reconhecidas, mesmo que de ofício (fls. 41-42):

*"1 – A confissão, que tendo sido realizado já no início do inquérito policial deve ser acolhida no seu valor máximo;*

*2 – A inexistência da causa de aumento de o crime ter sido cometido na presença dos descendentes, a qual culminou na elevação da pena em mais de 6 anos.*

# Superior Tribunal de Justiça

2 – A inexistência da qualificadora do feminicídio, pois houve feminicídio e não feminicídio, nos termos expostos;

3 – A inexistência da qualificadora do cometimento do crime à traição, mas sim violenta emoção;

4 – A existência da privilegiadora da violenta emoção;

5 – A inexistência das circunstâncias negativas;

6 – Que a personalidade do réu nunca foi voltada ao crime;

7 – A consequente redução da pena no sistema trifásico, se o colegiado entender que deve primar pela economia processual."

Não houve pedido liminar.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 1.218-1.294, com a juntada de peças pro [REDACTED] tinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 1.296-1.303, opinando pelo não conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da ordem.

Pedido de preferência no julgamento, tendo em vista o *writ* estar concluso desde julho de 2019, às fls. 1.307-1.308.

Ofício do Supremo Tribunal Federal às fls. 1.313, solicitando informações sobre o alegado constrangimento ilegal pela demora no julgamento da impetração respondido às fls. 1.367.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 507.207 - DF (2019/0120943-9)

EMENTA

*HABEAS CORPUS*. FEMINICÍDIO. IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. NATUREZA RESTRITA. EFEITO DEVOLUTIVO APENAS QUANTO AOS FUNDAMENTOS DE SUA INTERPOSIÇÃO. SÚMULA N.º 713 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ERRO NA FORMULAÇÃO DE QUESITO. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO EM PLENÁRIO. PRECLUSÃO. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA NA QUALIDADE DE ASSISTENTE TÉCNICA. DESNECESSIDADE CONSTRADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA APRESENTADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. USO DAS ALGEMAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. IDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, A CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE DO RÉU. CAUSA DE AUMENTO DE O CRIME TER SIDO COMETIDO NA PRESENÇA DE DESCENDENTE. CABIMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1. A apelação, em se tratando de sentença do Tribunal do Júri, tem caráter restrito, não devolvendo à superior instância o conhecimento pleno da matéria, restringindo-se, a teor da Súmula n.º 713 do Supremo Tribunal Federal, aos fundamentos de sua interposição.

2. A análise das alegações de constrangimento ilegal por: *i*) excesso de linguagem na redação dos quesitos; *ii*) não ter sido considerada a confissão na dosimetria da pena; *iii*) inexistirem as qualificadoras do feminicídio, do motivo torpe e da traição; e *iv*) desconsideração do privilégio da violenta emoção -, além de demandar revolvimento de matéria probatória, não pode ser feita sob pena de supressão de instância, uma vez que as questões não foram deduzidas nas razões de apelação defensivas, tampouco, apreciadas pelo acórdão impugnado.

3. A impugnação à formulação dos quesitos deve ocorrer no julgamento em Plenário, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, ressalvadas as nulidades absolutas, não configuradas na hipótese. Precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal.

4. Não há cerceamento de defesa na decisão do Magistrado processante que indefere o pedido de oitiva de uma testemunha de defesa, pessoa esta que já não tinha sido admitida como assistente técnica em decisão irrecorrida, porque perguntas quanto aspectos técnicos ou científicos do laudo psiquiátrico são vedadas à pessoa chamada na qualidade de testemunha, que deve ser indagada sobre o que sabe sobre o crime.

5. O fato de a lei facultar às partes a apresentação de um número determinado de testemunhas não significa que todas aquelas que venham a ser arroladas serão, obrigatoriamente, ouvidas no deslinde da instrução. O cotejo das provas relevantes à elucidação da verdade real inclui-se na esfera de

discricionabilidade mitigada do juiz do processo, o qual, vislumbrando a existência de diligências *lato sensu* protelatórias, desnecessárias ou impertinentes aos autos, poderá indeferi-las mediante decisão fundamentada. Exegese do art. 411, § 2.º, do Código de Processo Penal.

6. A nulidade decorrente de inépcia da defesa técnica somente é passível de ser reconhecida caso a parte demonstre, de forma peremptória e concreta, o prejuízo que alega ter sofrido, ante a observação do princípio *pas de nullité sans grief*. A inversão do julgado, no sentido de reconhecer que, ao contrário do consignado no aresto recorrido, o Acusado experimentou prejuízo decorrente da suposta deficiência da defesa técnica apresentada pelo causídico que o patrocinava, demandaria incursão no acervo fático-probatório acostado aos autos, desiderato esse inviável na via estreita do *habeas corpus*.

7. O emprego de algemas durante o julgamento plenário não viola a [REDACTED] a vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal, quando necessário para garantir a segurança de todos os presentes, como demonstrado pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri no caso.

8. Cabível reconhecer a conduta social como vetor negativo para a exasperação da pena-base, pois foi ressaltado, de forma idônea, que o Paciente era um pai e marido violento, tinha péssimo relacionamento com a família e com os vizinhos e gastava toda sua remuneração em álcool e drogas não contribuindo com o orçamento doméstico, demonstrando comportamento incompatível com o cidadão comum perante a sociedade. Como se sabe, a circunstância judicial referente à conduta social retrata a avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido.

9. A aferição dos fatores negativos da personalidade do criminoso está fundada em laudo psiquiátrico que registrou apresentar o réu hostilidade, insensibilidade e irresponsabilidade quanto ao crime praticado e ao seu papel na sociedade, o que permite o aumento da pena-base por existirem nos autos, elementos suficientes e que efetivamente permitiram ao julgador ter uma conclusão segura sobre a questão.

10. Para a aplicação do inciso III do § 7.º do art. 121 do Código Penal basta os descendentes da vítima estarem no local onde foi cometido o homicídio, não se exigindo que efetivamente testemunhem todo o *iter criminis*. No caso, os filhos da vítima presenciaram a morte da mãe, que dormia no sofá da sala quando foi golpeada, acordando com gritos seus descendentes, os quais estavam em seus quartos e foram os primeiros a lhe socorrer, o que é suficiente para configurar a causa de aumento.

11. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e denegada.

**VOTO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):**

No caso dos autos, embora a Defesa do Paciente tenha apelado com base no art. 593, inciso III, alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do Código de Processo Penal, alegou, em suas razões, apenas nulidade do julgamento por deficiência da defesa técnica e pelo uso de algemas durante a sessão plenária, bem como ao final pediu que, caso mantida a condenação, fosse fixada a pena no mínimo legal.

Como é consabido, a apelação, em se tratando de sentença do Tribunal do Júri, tem caráter  não devolvendo à superior instância o conhecimento pleno da matéria, restringindo-se, a teor da Súmula n.º 713 do Supremo Tribunal Federal, aos fundamentos de sua interposição.

A análise das alegações de constrangimento ilegal por: *i*) excesso de linguagem na redação dos quesitos; *ii*) não ter sido considerada a confissão na dosimetria da pena; *iii*) inexistirem as qualificadoras do feminicídio, do motivo torpe e da traição; e *iv*) desconsideração do privilégio da violenta emoção –, além de demandar revolvimento de matéria probatória, não pode ser feita sob pena de supressão de instância, uma vez que as questões não foram deduzidas nas razões de apelação defensivas, tampouco, apreciadas pelo acórdão impugnado.

A nulidade suscitada, na elaboração dos quesitos, pela equivocada alegação de que a arma do crime se tratava de uma faca, contrariando o laudo pericial, por sua vez, foi analisada de ofício, uma vez que a Desembargadora Revisora votou pela concessão de *habeas corpus* para anular o julgamento, restando vencida.

O voto vencido também analisou a tese de cerceamento de defesa na negativa do pedido de depoimento de assistente técnico da defesa na sessão do júri, apesar de expressamente reconhecer que "*contra isso não se insurgiu a Defesa nas suas razões recursais*" (fl. 57).

Desse modo, cinge-se o *habeas corpus* às teses de nulidade da condenação por *a*) erro na elaboração dos quesitos por mencionarem erroneamente que o instrumento do crime foi uma faca, *b*) indeferimento da oitiva de assistente técnico como testemunha de defesa; *c*) deficiência da defesa técnica, que deixou de sustentar teses em benefício do Réu e não requereu produção de provas pertinentes ao deslinde da causa, no momento adequado; *d*) pelo uso de algemas durante a sessão plenária, fundamentado de forma genérica, e, por fim de *e*) exacerbação ilegal da pena-base e de inaplicabilidade da causa de aumento de pena do inciso III do § 7.º do art. 121 do Código Penal.

# Superior Tribunal de Justiça

a) Quanto ao erro ocorrido na formulação dos quesitos, porque o laudo pericial afastou o uso de faca no crime, votou o Desembargador Relator pela inexistência de nulidade, por ausência de prejuízo, nos seguintes termos (fl. 62-63):

*"A eminente revisora, de ofício, anula o julgamento em razão de erro ocorrido no primeiro quesito, feito da seguinte forma:*

*'O acusado desferiu violento golpe de faca na vítima?', ao qual os jurados responderam 'sim'.*

*Houve erro no quesito. O golpe não foi com faca, mas com outro objeto - possivelmente espeto. E na denúncia não constou faca, mas apenas golpe.*

*Ocorre que, no momento em que formulado o quesito - e nem na [REDACTED] o de julgamento - não se alegou erro no quesito. E nem mesmo na [REDACTED] foi alegado tal erro.*

*E não está demonstrado que, em razão do erro no quesito, a defesa sofreu prejuízos. E sem prejuízos não se anula o ato - no caso o quesito.*

*Irrelevante, de qualquer sorte, que tenha constado, no quesito, que o acusado desferiu golpe de faca na vítima. Interessa que desferiu o golpe, e que esse foi a causa da morte.*

*Tivesse constado, no quesito, golpe (sem o acréscimo 'de faca'), a resposta dos jurados seria a mesma, ou seja: 'sim'. Se anulado o julgamento, em novo quesito, em que se indagar se o acusado desferiu golpe na vítima, a resposta será sempre "sim".*

*O fato - que está provado e não se discute - é que a vítima faleceu em razão de golpe desferido pelo acusado.*

*Qual então a utilidade de se anular o julgamento? Nenhuma! Anular o julgamento e, em novo julgamento, se indagado se o acusado 'desferiu golpe ou violento golpe na vítima', os jurados vão responder como responderam: 'sim'. Não tem outra resposta. Do contrário, o julgamento será manifestamente contra as provas dos autos.*

*Tratando-se de mero erro material, não alegado em momento oportuno e muito menos na apelação, não há por que anular o julgamento.*

*Rejeito, portanto, a preliminar."*

Correto o entendimento vencedor. Não há qualquer constrangimento ilegal na espécie, pois irrelevante à formação da opinião dos jurados, sobre a materialidade e autoria do crime, o fato de o golpe fatal ter sido desferido com uma faca, um espeto ou outro instrumento perfuro-cortante.

De qualquer forma, cabia à Defesa impugnar a formulação dos quesitos durante o julgamento plenário, mas assim não procedeu, permanecendo inerte.

Além disso, caso houvesse irregularidade na quesitação, esta seria relativa. E, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, deveria ser arguida no momento oportuno, qual seja, na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, devendo constar em ata de

# Superior Tribunal de Justiça

juízo, sob pena de preclusão, o que não ocorreu.

Por oportuno, vejam-se os seguintes julgados proferidos no âmbito desta Corte e do Supremo Tribunal Federal:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CONSUMADO E TENTADO. TRIBUNAL DO JÚRI. JULGAMENTO. QUESITAÇÃO. AUTORIA. CONTRADIÇÃO. SÉRIES DISTINTAS. MESMO CONTEXTO FÁTICO. NULIDADE. INOCORRENTE. PRECLUSÃO TEMPORAL.*

*1. Nos termos do art. 490 do Código de Processo Penal, se houver evidente incongruência nas respostas dadas aos quesitos apresentados aos jurados, o juiz presidente do conselho de sentença deve explicar em que consiste a contradição e, após isto, renovar a votação dos quesitos contraditórios, não havendo se falar em ofensa ao princípio da soberania dos veredictos. Não se pode descurar que o tribunal do júri é composto por juízes leigos, razão pela qual é imperativa a necessidade de esclarecimentos quando existirem incoerências, conforme se verificou no caso destes autos. Doutrina e precedentes.*

*2. Ademais, consoante a jurisprudência desta Corte Superior, 'eventuais nulidades ocorridas no plenário de julgamento do Tribunal do Júri devem ser arguidas durante a sessão, sob pena de serem fulminadas pela preclusão, nos termos da previsão contida no art. 571, VIII, do Código de Processo Penal' (HC 514.481/AC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019). Precedentes.*

*3. No caso concreto, contrapõe-se à pretensão recursal da defesa, ainda, a preclusão temporal, visto que, a ata da sessão de julgamento não registra oportuna arguição de nulidade (art. 564, III, k, do CPP) pela defesa, mas tão somente o pedido voltado à renovação do segundo quesito da segunda série, apenas, o que foi motivadamente indeferido pelo Juízo de primeiro grau com base no art. 490 do CPP. [...] (AgRg nos EDcl no REsp 1775281/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 19/11/2019.)*

*"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONTROVÉRSIA RELATIVA À FORMULAÇÃO DE QUESITOS. NÃO IMPUGNAÇÃO PELA DEFESA EM MOMENTO ADEQUADO. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO.*

*1. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as questões referentes à formulação de quesitos devem ser arguidas em momento próprio, sob pena de preclusão, uma vez que se trata de nulidade relativa. Precedentes.*

*2. Recurso ao qual se nega provimento." (STF, RHC 97.646/DF, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 28/05/2010.)*

b) No que diz respeito ao indeferimento da oitiva de testemunha de defesa, o voto

# Superior Tribunal de Justiça

vencido da Desembargadora Revisora reconheceu a inexistência de nulidade nos seguintes termos (fls. 56-57):

*"Da leitura da ata da sessão de julgamento (fls. 702/703 verso), afere-se que a Defesa insurgiu-se contra o fato de uma das testemunhas arroladas ter sido impedida de trazer esclarecimentos na qualidade de assistente técnica. Nesse particular, o MM. Juiz a quo expendeu a seguinte fundamentação:*

*'Não há nulidade a ser reconhecida. Conforme explicitado pela própria Defesa, houve anterior indeferimento do chamamento da referida testemunha na qualidade de assistente técnico. Desse modo, o chamamento da mesma pessoa na qualidade de testemunha não pode servir para que seja ouvida, indiretamente, na qualidade de assistência técnica da Defesa. As perguntas que não sejam sobre o fato e que implicam em juízo de valor técnico-criminológico sobre o fato são vedadas à pessoa chamada na qualidade de testemunha.'* (fl. 702 verso)

*Compulsando os autos, verifiquei que pela decisão de fls. 619/621 a MM. Juíza a quo indeferiu pleito de oitiva de Maria Cláudia Pires Capuano Vilar na qualidade de assistente técnica da Defesa sob o argumento de que a indicação para esse mister deveria ter sido feita quando da instauração do incidente de insanidade mental, o que não ocorreu no caso.*

*Na mesma oportunidade, a Magistrada a quo facultou à Defesa indicar qual testemunha, dentre as 5 (cinco) previamente arroladas, desejava substituir por Maria Cláudia Pires Capuano Vilar.*

*Sobreveio a petição de fl. 648, na qual a Defesa requereu a substituição da testemunha Antônia Dias Silva por Maria Cláudia Pires Capuano Vilar, restando a questão amortalhada pelo manto da preclusão consumativa.*

*Como é cediço, testemunhas prestam depoimentos sobre o que souberam ou presenciaram acerca dos fatos. De maneira que eventual indeferimento às perguntas formuladas pela Defesa em Plenário sobre aspectos técnicos ou científicos do laudo psiquiátrico ou da higidez mental do acusado não acarreta nulidade.*

*Ademais, contra isso não se insurgiu a Defesa nas suas razões recursais. Dou, pois, por superada esta questão."*

Como se vê, não houve cerceamento de defesa na decisão do Magistrado processante que indeferiu o pedido de oitiva de uma testemunha de defesa, pessoa esta que já não tinha sido admitida como assistente técnica em decisão irrecorrida, porque perguntas quanto aspectos técnicos ou científicos do laudo psiquiátrico são vedadas à pessoa chamada na qualidade de testemunha, que deve ser indagada a respeito do que sabe sobre o crime.

O fato de a lei facultar às partes a apresentação de um número determinado de testemunhas não significa que todas aquelas que venham a ser arroladas serão, obrigatoriamente,

# Superior Tribunal de Justiça

ouvidas no decorrer da instrução. O cotejo das provas relevantes à elucidação da verdade real inclui-se na esfera de discricionariedade mitigada do juiz do processo, o qual, vislumbrando a existência de diligências *lato sensu* protelatórias, desnecessárias ou impertinentes aos autos, poderá indeferi-las mediante decisão fundamentada. Exegese do art. 411, § 2.º, do Código de Processo Penal.

*Mutatis mutandis*, dentre tantos outros:

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO OBJURGADO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA DEVIDAMENTE ANALISADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. PARTICIPAÇÃO. DOLO. VERIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS.**

*I - A análise da pretensão recursal no sentido de que não estão presentes os requisitos de materialidade e de indícios suficientes de autoria delitivas demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.*

*II - Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, como in casu a oitiva de testemunhas, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.*

*III - Não se há falar em ocorrência de nulidade em relação à 'juntada de exame pericial', pois, conforme se extrai dos autos, restou facultada a sua apresentação 03 (três) dias antes da realização da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri. Conforme o princípio do pas de nullité sans grief e nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'.*

*IV - Inexiste ofensa ao art. 619, caput, ou do art. 381, inciso III, ambos do Código de Processo Penal, na medida em que a Corte de origem se pronunciou, de forma fundamentada, a respeito dos pedidos ali formulados, prestando, de forma adequada, a tutela jurisdicional.*

*Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.687.431/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 15/08/2018, sem grifos no original.)*

**"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA**

*PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. INDEFERIMENTO MOTIVADO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL FLAGRANTE. ORDEM NÃO CONHECIDA.*

[...]

*3. É cediço que o indeferimento de produção de provas é ato norteadado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal. Precedentes. [...]" (HC 180.249/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012, sem grifos no original.)*

Não há, como se vê, cerceamento à defesa do Réu aferível no presente *habeas corpus*, inclusive porque a análise da pertinência ou não de oitiva de testemunha ou de diligências requeridas no curso da ação penal, demanda revolvimento analítico de todo o conjunto probatório produzido durante o processo, incabível na angusta via eleita.

No mais, quanto as teses preliminares sustentadas nas razões de apelação, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao julgar o recurso defensivo, afastou as aventadas nulidades, de modo a não merecer reparos, nos seguintes termos (fls. 48-52):

*"O direito à defesa técnica, desdobramento do princípio da ampla defesa, é garantido pelo Estado, ao instituir a defensoria pública estadual, mas também pode ser exercido pelo próprio acusado, ao ser patrocinado por advogado particular, por ele escolhido, com quem mantém relação de confiança.*

*No processo penal, o acusado tem tratamento diferenciado, sendo-lhe garantidos privilégios em detrimento da acusação.*

*A defesa técnica do réu é necessária e indeclinável. Ou seja, o acusado, necessariamente, deve ser representado por um defensor, pena de nulidade (Súmula 708 do c. STF).*

*Além de indisponível, a defesa deve ser plena, com efetiva atividade defensiva do advogado no sentido de assistir seu cliente.*

*Exige-se, pois, que a atuação da defesa seja exercida por manifestação fundamentada, pena de nulidade. Contudo, para que se declare a nulidade deve haver demonstração de prejuízo ao acusado.*

*Essa a orientação contida no enunciado da súmula 523 do c. STF, segundo a qual 'a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu'.*

*E dispõe o art. 563 do CPP: 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'.*

[...]

*O advogado constituído manifestou-se em todas as situações - participou dos atos e termos processuais.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, em resposta à acusação, arrolou testemunhas, optando por manifestar-se sobre o mérito no decorrer da instrução (fls. 115/6). Pediu a destituição do assistente de acusação (f. 173). Nas alegações finais, pediu a absolvição sumária do acusado (fls. 302/6).*

*Pronunciado o réu, interpôs recurso em sentido estrito alegando culpa imprópria e legítima defesa putativa (fls. 486/91). E, negado provimento a esse recurso, dele interpôs recurso especial (fls. 521/30).*

*Arrolou outras testemunhas a serem ouvidas em plenário (f. 587) e instaurou incidente de insanidade mental do réu (fls. 590/6).*

*Em plenário, a defesa sustentou as teses da absolvição imprópria em razão da inimputabilidade do réu e, subsidiariamente, da desclassificação do crime para lesão corporal seguida de morte (f. 703).*

*O advogado constituído à época entendeu que as teses sustentadas eram as adequadas ao caso. Não há deficiência na defesa técnica a opção por teses jurídicas distintas das que o atual advogado sustentaria.*

*Além do mais, não houve demonstração do efetivo prejuízo. A condenação, por si só, não caracteriza o prejuízo. Defendidas outras teses em plenário, a opção do júri por uma delas não significa que houve deficiência técnica, sobretudo se durante toda a instrução criminal se garantiu a ampla defesa e o contraditório.*

*No tocante ao uso de algemas, esse só é lícito em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (Súmula vinculante nº 11 do STF).*

*É atribuição do juiz presidente do Tribunal do Júri regular a polícia das sessões (art. 497, I, CPP).*

*Postulada pela defesa a retirada das algemas do réu durante a sessão de julgamento, o MM. Juiz Presidente indeferiu os pedidos, nos seguintes termos:*

*'Antes do início do interrogatório, o patrono do acusado solicitou a retirada das algemas do réu. Consultada a escolta, quanto à segurança do réu e dos presentes na sala do Plenário, a resposta foi negativa, considerando o risco que a ausência de contenção física do agente possa causar. Ademais, a Defesa informou que no estabelecimento prisional o acusado tem feito uso de medicamentos, o que potencializa a iminência de risco à integridade física dos presentes. Embora o uso de algemas em plenário seja excepcional, à luz da Sú. 11 do Supremo Tribunal Federal, tenho que, no caso concreto, as circunstâncias justificam a manutenção das algemas para frente. Dessarte, com amparo no que dispõe o Enunciado 11 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, indefiro o requerimento da Defesa.'* (f. 702v/3).

*Se a autoridade judiciária, em decisão fundamentada, após consulta à equipe de escolta, entendeu ser absolutamente necessário o uso*

# Superior Tribunal de Justiça

de algemas pelo acusado, para garantir a ordem dos trabalhos, a segurança das testemunhas e a integridade física dos presentes, nos termos do art. 474, § 3º, do CPP, inexistente nulidade.

[...]

Não há nulidade posterior à pronúncia (alínea 'a' do inciso III do art. 593 do CPP). As normas do CPP foram respeitadas, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

A sentença não é contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados (alínea 'b' do inciso III do art. 593 do CPP), uma vez que proferida em consonância com as respostas dos jurados aos quesitos (f. 720).

Quanto à alínea 'd' do inciso III do art. 593 do CPP, a materialidade e a autoria estão provadas pelo auto de prisão em flagrante (2-b/12), boletim de ocorrência (fls. 24/8), termos de declaração (fls. 34/9), [REDACTED] pericial - exame de local (fls. 68/81), laudo de perícia necropapiloscópica (fls. 84/7), laudo de exame cadavérico (fls. 89/93), e prova oral (mídia, f. 187), laudo pericial - exame de local (fls. 213/301) e depoimentos em plenário (fls. 726/771)."

c) No que diz respeito à nulidade decorrente de inépcia da defesa técnica, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que somente é passível de ser reconhecida caso a parte demonstre, de forma peremptória e concreta, o prejuízo que alega ter sofrido, ante a observação do princípio *pas de nullité sans grief*.

Ilustrativamente:

**"RECURSO EM HABEAS CORPUS. PEDIDOS DE DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO JÚRI. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. INTIMAÇÃO VIA EDITAL. PROCEDIMENTO ADEQUADO (ART. 420, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP). RÉU QUE DEIXA DE INFORMAR AO JUÍZO MUDANÇA DE ENDEREÇO.**

1. O entendimento jurisprudencial desta Corte está consolidado na linha de que a nulidade apontada deve estar sempre acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Aplicável ao caso o princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP).

2. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu (Súmula 523/STF).

3. O mandado de intimação foi expedido para o endereço declinado pelo recorrente nos autos. Se houve mudança de endereço, sem comunicação prévia ao Juízo, não pode a defesa se beneficiar de nulidade a que deu causa. É dever do réu informar ao Juízo eventual mudança de endereço, descabendo ao Poder Judiciário realizar diligências para localizar o paradeiro do condenado quando frustradas as tentativas de intimação no endereço por ele fornecido.

Precedentes.

4. Recurso em habeas corpus improvido." (RHC 80.564/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019,

# Superior Tribunal de Justiça

DJe 12/03/2019.)

Na hipótese dos autos, o Tribunal de Justiça *a quo* afastou a alegação de nulidade por entender que o Acusado não experimentou prejuízo decorrente da suposta deficiência da defesa técnica apresentada pelo causídico que anteriormente o patrocinava.

Ao revés, consignou o aresto que o causídico agiu com diligência, compareceu a todos os atos judiciais, manifestou-se sempre que necessário e sustentou as teses defensivas que entendeu adequadas à hipótese.

Assim, a inversão do julgado, no sentido de reconhecer que, ao contrário do consignado no acórdão recorrido, o Acusado experimentou prejuízo decorrente da suposta deficiência da defesa técnica apresentada pelo causídico que anteriormente o patrocinava, demandaria incursão no acervo fático-probatório acostado aos autos, desiderato esse inviável na via estreita do *habeas corpus*.

No mesmo sentido:

*"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO.*

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento da Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

*II - Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa constitui nulidade absoluta da ação penal. A insuficiência da defesa, por sua vez, configura nulidade relativa.*

*III - A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, consagrado no enunciado n. 523 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal.*

*IV - No caso sob exame, não se verifica nulidade processual, quando a defesa anterior atuou em todas as fases do processo originário, exercendo o munus de forma diligente. Ademais, inviável classificar como insatisfatória a atuação anterior apenas porque a nova Defesa não concorda com a linha exercida até então.*

*Habeas corpus não conhecido." (HC 404.153/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017.)*

# Superior Tribunal de Justiça

d) O emprego de algemas durante a sessão plenária no Júri, outrossim, é medida excepcional, que exige fundamentação concreta, sob pena de nulidade, nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

No caso, como bem ressaltou o acórdão impugnado, a decisão que determinou o uso de algemas está fundamentada na necessidade de garantir ordem dos trabalhos e a integridade física dos presentes, considerando a reduzida segurança do local e a periculosidade do Réu, por apresentar comportamento violento.

Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, no sentido de que o emprego de algemas durante no julgamento plenário não viola a Súmula vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal, quando necessário para garantir a segurança de todos os presentes, como demonstrado pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri no caso.

A propósito:

**"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. JÚRI. MENÇÃO AO SILÊNCIO DO RÉU NA FASE INQUISITORIAL NO PLENÁRIO. EXPLORAÇÃO DA TESE EM DESFAVOR DO RÉU NÃO DEMONSTRADA. USO DAS ALGEMAS. EXCEPCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PEQUENO EFETIVO (DOIS POLICIAIS MILITARES) PARA GARANTIR A SEGURANÇA. ORDEM DENEGADA.**

**1. A menção ao silêncio do acusado, em seu prejuízo, no Plenário do Tribunal do Júri, é procedimento vedado pelo art. 478, II, do CPP. No entanto, a mera referência ao silêncio do acusado, sem a exploração do tema, não enseja a nulidade. Precedente.**

**2. Na hipótese, não é possível extrair dos elementos constantes dos autos se houve ou não a exploração, pela acusação em plenário, do silêncio do réu em seu desfavor.**

**3. O uso de algemas - de quem se apresenta ao Tribunal ou ao juiz, para ser interrogado ou para assistir a uma audiência ou julgamento como acusado - somente se justifica ante o concreto receio de que, com as mãos livres, fuja ou coloque em risco a segurança das pessoas que participam do ato processual. 4. Há plausibilidade na justificativa utilizada para manter o paciente algemado na sessão de julgamento, pois o efetivo de apenas dois policiais militares parece ser insuficiente para garantia da segurança de todos na sessão do Plenário do Júri.**

**5. Ordem denegada." (HC 355.000/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 27/08/2019, sem grifos no original.)**

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. USO DE ALGEMAS. MEDIDA JUSTIFICADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. TESTEMUNHA QUE NÃO COMPARECEU EM PLENÁRIO. NULIDADE NÃO VERIFICADA. DEPOIMENTO DO ACUSADO. ALEGADA AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA**

# *Superior Tribunal de Justiça*

*QUANTO AO DIREITO AO SILÊNCIO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. NULIDADE RELATIVA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. IRREGULARIDADES NA FASE POLICIAL. SEM REFLEXO NA FASE JUDICIAL. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

*1. A contenção por meio de algemas durante a realização da audiência no Tribunal do Júri não é um expediente que pode ser empregado sem critérios, devendo ser demonstrada sua necessidade em situações nas quais se vislumbre risco para a segurança do próprio acusado e das demais pessoas presentes no recinto.*

*2. Neste caso, a necessidade do uso de algemas foi justificada pelo número reduzido de policiais responsáveis pela segurança do local, além do elevado número de audiências a serem realizadas no Fórum e o grande número de pessoas presentes no Plenário. Portanto, havendo fundamentação adequada para justificar a necessidade do uso de algemas durante a sessão plenária de julgamento, não há que se falar em nulidade, especialmente diante da falta de demonstração de qualquer prejuízo sofrido pelo acusado em decorrência de tal procedimento.*

*3. O não comparecimento de uma das testemunhas arroladas, que não foi localizada no endereço fornecido ao juízo, não é suficiente para anular o julgamento, pois, além de não ter sido gravada com a cláusula de imprescindibilidade (art. 461 do Código de Processo Penal), não há nos autos qualquer indício de que a ausência desse depoimento tenha resultado em prejuízo às partes, considerando que a referida testemunha não presenciou os fatos, além de já ter sido ouvida em ocasiões anteriores.*

*4. O direito ao silêncio é um consectário do nemo tenetur se detegere, sendo este uma garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras.*

*5. Na espécie, não se tem notícia da ocorrência de constrangimento ilegal na tomada do depoimento do acusado, no sentido de forçá-lo a colaborar com a acusação, assumindo a responsabilidade criminal que lhe está sendo imputada.*

*6. A jurisprudência desta Corte Superior pacificou o entendimento de que a inobservância da regra de informação quanto ao direito ao silêncio gera apenas nulidade relativa, cuja declaração depende da comprovação do prejuízo.*

*7. Ademais, a jurisprudência desta Corte assentou-se no sentido de que eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não contaminam a ação penal (HC 232.674/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 10/4/2013).*

*8. Decisão manifestamente contrária às provas dos autos é aquela que não encontra amparo nas provas produzidas, destoando, desse modo,*

# Superior Tribunal de Justiça

*inquestionavelmente, de todo o acervo probatório.*

9. O recurso de apelação interposto pelo art. 593, inciso III, alínea 'd', do CPP, não autoriza a Corte de Justiça a promover a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, simplesmente por discordar do juízo de valor resultado da interpretação das provas, como ocorrera na espécie.

10. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 506.975/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 27/06/2019, sem grifos no original.)

**"PROCESSUAL PENAL. JÚRI. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE INDEVIDAMENTE. AUMENTO GERADO PELO CRIME CONTINUADO. QUESTÕES NÃO LEVADAS A CONHECIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.**

1 - O emprego de algemas é excepcional, sendo que a sua utilização depende de motivada decisão judicial, como na espécie, em que o juiz bem se desincumbiu quando fundamentou a restrição nas peculiaridades do processo, consignando que a segurança dos presentes no Júri não poderia ser garantida, por insuficiência do aparato destinado a esse fim e por ser o paciente pessoa de alta periculosidade, já que teria cometido os graves crimes (homicídio qualificado, tentativa de homicídio qualificado e estupro) quando se encontrava em liberdade condicional, já que é reincidente. Súmula vinculante n.º 11 não violada. Nulidade ausente.

2 - Não decididas pelo acórdão ora combatido as questões relativas a possível aplicação indevida de agravante (vítima maior de 60 anos) e a desproporção do aumento na continuidade delitiva, não merecem os temas conhecimento, sob pena de supressão de instância.

3 - Impetração conhecida em parte e, nesta extensão, denegada a ordem." (HC 435.951/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018, sem grifos no original.)

e) Quanto à individualização da pena, por fim, o voto condutor do acórdão vergastado consignou o seguinte (fls. 53-55):

*"Na primeira fase, a sentença valorou negativamente a conduta social e a personalidade. Fixou a pena-base em 17 anos de reclusão.*

*Segundo a sentença, 'a conduta social é ruim. Embora relatos testemunhais dessem conta de que se apresentava de forma pacífica fora de casa, os filhos da vítima e a funcionária da casa afirmaram que, durante todos os vinte anos de casamento, [REDACTED] era autor de violência psicológica e moral contra a vítima'(f. 722v).*

*A conduta social, na individualização da pena, é, segundo o magistério de Guilherme de Souza Nucci, 'o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. (...) Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo'(Código Penal Comentado,*

# Superior Tribunal de Justiça

18ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 477).

*Os filhos do réu e da vítima e a empregada doméstica da família, ouvidos em juízo e em plenário, afirmaram que o réu fazia uso de álcool e drogas, quase diariamente, e, sob efeitos dessas substâncias, ficava agressivo.*

*Confirmaram que o réu ameaçava a vítima de morte, tendo, certa vez, ameaçado a empregada doméstica também.*

*Afirmaram, ainda, que a vítima era a mantenedora da família. O réu - - servidor público - gastava seu salário para comprar drogas, com festas e interesses exclusivos dele.*

*Gilson dos Santos - vizinho e amigo do casal -, em razão dos constantes relatos de que o réu chegava transtornado em casa, aconselhou a vítima a dormir com seus filhos com a porta do quarto trancada (f. 741v).*

*A conduta do réu perante a família e vizinhos é negativa. Correto o aumento da pena-base em razão da valoração negativa da conduta social.*

*No tocante à valoração negativa da personalidade, o laudo psiquiátrico registrou estar o réu 'orientado autopsiquicamente e tentativa de manipulação sobre o entendimento da sua orientação alopsíquica. Apresenta pouco compromisso com a verdade.' Constatou que o réu é 'usuário de multidrogas, com suspeita médica de desenvolvimento de psicose devido a este uso. Entretanto, não foi diagnosticado com síndrome da dependência em nenhuma das drogas utilizadas'.*

*Acrescentou que 'notável é a simulação de psicopatologia ou de suposta 'loucura' durante muitos momentos da entrevista. A este comportamento existe inclusive um termo conhecido na psiquiatria, a Síndrome de Ganser, na qual durante o exame o entrevistado fornece, entre outros, respostas incoerentes a fim de convencer o entrevistador de que ele, o entrevistado, está de fato 'louco'.' No presente caso, o periciado afirmava a todo momento 'não saber ou não se lembrar' inclusive de fatos que até mesmo uma pessoa na mais profunda psicose saberia responder com clareza. Essa síndrome é habitualmente percebida em criminosos que tentam escapar da prisão ou de sua condenação, ou até mesmo na tentativa de angariar um tratamento diferenciado no presídio. Nestes casos, o periciando geralmente fornece respostas aproximadas às perguntas do entrevistador ou diz não 'saber de nada por estar perturbado', evidenciando ser plenamente capaz de compreender a pergunta que lhe é feita'(f. 613v).*

*Demonstrou o réu hostilidade, insensibilidade e irresponsabilidade quanto ao crime praticado e seu papel na sociedade. Os fatores negativos da personalidade do réu permitem o aumento da pena-base.*

*A sentença aumentou a pena-base em 5 anos de reclusão.*

*Em razão da falta de definição legal do critério para a individualização da pena na primeira fase, seguia a jurisprudência que adotava a fração de 1/8 da diferença entre as penas mínima e máxima previstas no preceito secundário do tipo, por circunstância judicial negativamente valorada.*

*Ocorre que o e. STJ, em sua maioria, passou a adotar a fração de 1/6 da pena mínima em abstrato por circunstância judicial desfavorável.*

*A pena mínima do crime de feminicídio é de 12 a 30 anos de reclusão. A proporção de 1/6 da pena mínima é de 2 anos.*

# Superior Tribunal de Justiça

*Fixada, na sentença, a pena-base em 5 anos acima da pena mínima abstratamente prevista para o tipo penal, o fora em fração superior a 1/6 por circunstância judicial negativa valorada. O aumento, excessivo, impõe seja reduzido, fixando-se, assim, a pena-base em 16 anos de reclusão.*

*Sem atenuantes, a pena foi agravada em 1/6 para cada circunstância agravante - motivo torpe e impossibilidade de defesa da vítima.*

*Mantenho a fração adotada e fixo a pena intermediária em 21 anos e 4 meses de reclusão.*

*Inexistentes causas de diminuição, a pena foi aumentada em um terço por ter sido o crime praticado na presença dos filhos.*

*Sem dúvida que o crime ocorreu na presença dos filhos, que estavam no interior da residência. Sem relevância se estavam dormindo ou [REDACTED] outro cômodo. Fato é que estavam na residência no momento do crime, o que lhes trouxe trauma indelével, hipótese de incidência da causa de aumento do inciso III do § 7º do art. 121 do CP.*

*Daí porque torno definitiva a pena em 28 (vinte e oito) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão.*

*O regime inicial de cumprimento de pena é o fechado, nos termos ao art. 33, § 2º, 'a', do CP.*

*Não preenchidos os requisitos dos arts. 44 e 77 do CP, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena."*

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo. E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Deve permanecer a conduta social como vetor negativo para a exasperação da pena-base, pois foi ressaltado, de forma idônea, que o Paciente era um pai e marido violento, tinha péssimo relacionamento com a família e com os vizinhos e gastava toda sua remuneração em álcool e drogas não contribuindo com o orçamento doméstico, demonstrando comportamento incompatível com o cidadão comum perante a sociedade.

Como se sabe, a circunstância judicial referente à conduta social retrata a avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido, motivo pelo qual considero que a referida vetorial foi valorada negativamente de forma adequada.

# Superior Tribunal de Justiça

Em idêntico posicionamento:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVOS DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CULPABILIDADE. CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA NEUTRA OU FAVORÁVEL. VALORAÇÃO NEGATIVA AFASTADA. QUALIFICADORA REMANESCENTE SOPESADA NA SEGUNDA FASE DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, a frieza do agente ao trocar de instrumento do crime sem receio perante as vítimas, a perseguição e o terror causado às crianças, que tiveram que fugir pela mata, tendo o réu tentado atingir, ainda, sua filha de 2 anos de idade, permitem a exasperação das reprimendas-base sob o título da culpabilidade.

4. Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. In concreto, a sentença afirma que o réu seria detentor de péssima reputação na cidade de Xapuri, o que justifica a elevação das básicas.

5. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. In concreto, o réu possui personalidade violenta, já que teria submetido a sua ex-companheira, seus enteados e

# Superior Tribunal de Justiça

filhos a inúmeras agressões físicas e ameaças, durante anos.

6. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato delituoso. In casu, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o modus operandi do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de homicídio qualificado, pois o paciente agiu de forma extremamente violenta, tendo, inclusive, decepado a mão de uma das vítimas, seu enteado de 4 anos de idade, quando ela já agonizava, tendo-a, em seguida, degolado.

7. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escoreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, em relação ao homicídio do menor Anderson, o trauma causado à sua ex-companheira e ao irmão da vítima, que presenciaram os homicídios, permitem o incremento da pena pelas consequências. Quanto à vítima Francisco, o fato dela ter deixado viúva e 'filhos ainda por cuidar', de igual modo, justificam o incremento da básica.

8. O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, essa circunstância deve ser considerada neutra.

9. Nos moldes da jurisprudência desta Corte, 'no delito de homicídio, havendo pluralidade de qualificadoras, uma delas indicará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, desde que prevista no artigo 61 do Código Penal, ou, residualmente, majorar a pena-base, como circunstância judicial' (AgRg no REsp n. 1.644.423/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, Dje 17/3/2017). No caso, tratando-se de homicídio duplamente qualificado, a qualificadora remanescente foi corretamente sopesada na segunda fase do cálculo dosimétrico.

10. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

11. O Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria mista, pela qual a ficção jurídica do crime continuado exige como requisito de ordem subjetiva o dolo global ou unitário entre os crimes parcelares. No caso, as instâncias ordinárias ressaltaram que não está presente o requisitos subjetivo necessário à caracterização do aludido instituto penal, já que o réu não teria agido com o ânimo de cometer um roubo em continuação do outro.

# Superior Tribunal de Justiça

12. Em razão do necessário reexame fático, é inviável no espectro de cognição do habeas corpus avaliar a conduta do paciente, a fim de reconhecer a ficção jurídica da continuidade delitiva, uma vez que é imperativo aferir o elemento anímico do agente e concluir se o comportamento humano voluntário foi psiquicamente direcionado a finalidades autônomas ou se há dolo global entre os delitos parcelares.

13. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena a 49 anos de reclusão." (HC 541.177/AC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 12/02/2020, sem grifos no original.)

Quanto à personalidade do criminoso, esta Corte Superior de Justiça já se posicionou de que a sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

No caso, mostra-se devida a valoração negativa da personalidade realizada pelo Juízo sentenciante, uma vez que fundada em laudo psiquiátrico que registrou apresentar o "*réu hostilidade, insensibilidade e irresponsabilidade quanto ao crime praticado e seu papel na sociedade. Os fatores negativos da personalidade do réu permitem o aumento da pena-base.*"

Corroborando com esse entendimento a doutrina extraída da obra do professor Guilherme de Souza Nucci:

"O termo personalidade deriva de persona, que significa máscara, referindo-se às máscaras utilizadas pelos atores nos dramas gregos, buscando dar significado aos papéis que representavam. Atualmente, continua refletindo os papéis que todos desempenhamos na vida em sociedade. [...]"

Na definição de Mario Fedeli, a personalidade 'representa a totalidade completa, a síntese do Eu: constitui o núcleo inconfundível, irrepetível, peculiar de cada indivíduo. (...) A ela devem-se a particular visão dos valores de um indivíduo, os seus centros de interesse e o seu modo de chegar ao valor predominante para o qual tende.' A personalidade é que vai constituir a originalidade e a nobreza da individualidade, pois ela revela as escolhas e as preferências dada a um determinado valor." (In "Individualização da pena", São Paulo: RT, 2005, p. 206)

No mesmo diapasão:

**"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE PECULATO. ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE. PENA DE MULTA. CRITÉRIO TRIFÁSICO UTILIZADO PARA COMINAR A SANÇÃO SEGREGATIVA, CONSIDERANDO AINDA A CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.**

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGOU SEGUIMENTO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. CORREÇÃO DE MERA IMPRECISÃO, SEM EFEITOS NO DECISUM. ARGUIDO BIS IN IDEM NA DOSIMETRIA. QUESTÃO NÃO PREQUESTIONADA. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE QUE ENSEJASSE A CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.**

1. O art. 59 do Código Penal elenca 08 (oito) circunstâncias, para orientar a atividade do magistrado na primeira fase de dosimetria das penas. É entendimento pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência que, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve, necessariamente, ser fixada no mínimo legal. Por outro lado, se qualquer das circunstâncias judiciais aferidas indicar maior desvalor da conduta, o sentenciante autorizado a elevar a pena-base, observando a proporcionalidade e a razoabilidade do aumento.

2. Por isso, a primariedade e os bons antecedentes não são suficientes para que a pena-base seja fixada no patamar mínimo, se presentes outras circunstâncias judiciais desfavoráveis para que a reprimenda seja majorada, como no caso em apreço, em que militaram contra o réu as circunstâncias, a personalidade e as consequências do delito.

3. Quanto às circunstâncias do crime, o acórdão impugnado apresentou fundamentação apta à fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois considerou, concretamente, os elementos acidentais que extrapolam o tipo básico previsto no art. 312 do Código Penal. O Tribunal a quo consignou o alto grau de elaboração na prática do ilícito. O Agravante engendrou a conduta delituosa, cooptando os corréus, ocultando e destruindo vestígios, de forma cautelosa e sistemática, com o fim de se livrar do controle da Caixa Econômica Federal.

4. A aferição da personalidade foi perfeitamente realizada, pois constam elementos suficientes e bastantes para levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Com efeito, segundo o laudo psiquiátrico, o Agravante é portador de distúrbio denominado anti-social, sendo que 'os atributos do criminoso, mencionados pelo expert (desprezo das obrigações sociais, falta de empatia e desvio considerável entre o seu comportamento e as normas sociais estabelecidas, destacando-se que as experiências adversas não modificam seu comportamento etc.), representam os sintomas do transtorno de personalidade'.

[...]

8. Agravamento regimental parcialmente conhecido e desprovido." (AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.113.688/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014, sem grifos no original.)

Por fim, para a aplicação do inciso III do § 7.º do art. 121 do Código Penal basta os descendentes da vítima estarem no local onde foi cometido o homicídio, não se exigindo que efetivamente testemunhem todo o *iter criminis*.

# Superior Tribunal de Justiça

No caso, os filhos da vítima presenciaram a consumação do delito, sendo testemunhas da morte da mãe, que dormia no sofá da sala quando foi golpeada, acordando com gritos seus descendentes, que estavam em seus quartos e foram os primeiros a lhe socorrer, o que é suficiente para configurar a causa de aumento.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE e, nessa extensão, DENEGO A ORDEM de *habeas corpus*.

É o voto.

