

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 126.884 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S) : WILSON BARBOSA ROCHA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Recurso ordinário em **habeas corpus**, com pedido de liminar, interposto por Wilson Barbosa Rocha, apontado como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 222.216/RJ, Relator o Ministro **Jorge Mussi**, mas, de ofício, concedeu o **writ** para reajustar a pena imposta ao recorrente.

Insiste o recorrente no reconhecimento da nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri, em razão da manifestação religiosa exacerbada do Promotor de Justiça durante a escolha dos jurados, **verbis**:

“Pela ordem pediu a palavra o Dr. Defensor Público para requerer a dissolução do Conselho de Sentença uma vez que a cada recusa do MP, o Dr. Promotor de Justiça se manifestou, ora dizendo que recusaria porque as juradas mulheres estavam sendo recusadas pela Defesa e que recusaria os homens para equilibrar os sexos. Além disso, ao final do sorteio, com a escolha da última Jurada do sexo feminino, o Promotor de Justiça disse a seguinte frase ‘Deus é bom’.” (fl. 561 - grifos do autor).

Ao ver do recorrente,

“quando o Promotor de Justiça, representante do Estado-acusador, profere palavras de cunho religioso, seu comportamento busca atrair para a defesa de sua tese pessoas que se identifiquem com a crença externada. Contudo, o Estado, por meio das autoridades públicas, não pode jamais

identificar-se como tal através de ideias religiosas. Isso significaria que determinada religião ou crença em particular é a favorecida ou preferida para o Estado.

Cumpra observar que não se tem como saber se a menção religiosa feita pelo Promotor de Justiça tinha um cunho verdadeiramente religioso ou era apenas um desabafo com utilização de termos culturais. Ora, na sistemática do Tribunal do Júri, como destacou o E. Ministro do STJ, Jorge Mussi, *“a sociedade nunca saberá quais circunstâncias motivaram a decisão dos cidadãos que foram chamados a julgar seu semelhante pela prática de um delito doloso contra a vida”*. Assim, essa dúvida já bastaria para afastar a idoneidade do julgamento pelo Conselho de Sentença.

Em outro trecho do seu voto, o E. Ministro Jorge Mussi destaca ainda que (fls. e-STJ 504):

‘Por tal razão, não se vislumbra possível aferir, com precisão, se a conduta do representante do parquet, ao tecer considerações acerca das recusas peremptórias exercidas pela defesa, bem como ao proferir expressão de cunho religioso ao término do sorteio, influenciou ou não o convencimento dos jurados que compuseram o Conselho de Sentença. Mas é possível afirmar, sem qualquer dúvida, que se está adiante de uma intervenção que tem potencial para exercer tal influência’.

De qualquer forma, ainda que se considerasse a expressão do Promotor de Justiça como um simples desabafo de cunho cultural, *‘não é certo conceber prescritivamente a ordem jurídica como uma mera instância de afirmação das práticas sociais hegemônicas, já que muitas vezes o papel do Direito é exatamente o de combater e transformar hábitos e tradições enraizados, desempenhando um papel emancipador’.*

(...)

Como ressaltado pelo E. Ministro Jorge Mussi, *“caberia ao Juiz Presidente zelar pela manutenção do estado de isenção que se deve estabelecer no Plenário do Tribunal do Júri”*. Contudo, não o fez. As

instâncias superiores, ao legitimar essa postura, **incorrem no sério risco de encorajar o uso de expressões de cunho religioso por quem representa a própria figura do Estado-laico** no Tribunal do Júri (o Juiz Presidente e o Promotor de Justiça)”

Defende ainda que

“embora a recusa dos jurados feita pelo Ministério Público tenha sido classificada pelo Juiz Presidente do Tribunal de Júri como aquela prevista no artigo 468 do CPP, parece muito claro que o Promotor de Justiça **justificou** suas recusas expressamente com base no gênero dos jurados.

(...)

No caso em tela, o Promotor de Justiça não poderia ter motivado suas recusas (embora tenha o Juízo enquadrado a hipótese no artigo 468 do CPP não se pode negar que o *Parquet* externou suas razões na escolha dos jurados) com base no gênero, pois ele próprio é a figura do Estado-acusador e jamais poderia ter comportamento discriminatório.

(...)

Aqui, duas considerações devem ser feitas: **(1) quando o Promotor de Justiça utiliza menções religiosas, o que pretende (e potencialmente ocorre) é conquistar a adesão, por simpatia, dos jurados que profiram o mesmo credo, sejam eles homens ou mulheres;** (2) o fato do Conselho de Sentença ter sido composto por 4 homens e 3 mulheres **não tem o condão de afastar a discriminação explicitamente perpetrada pelo representante do Estado-acusador. Portanto, tal fundamento não pode servir**, por ausência de conexão, para afastar os argumentos da defesa.

Por fim, nem se fale que a defesa não demonstrou prejuízo. Isso porque, não há prejuízo maior que a própria condenação do recorrente. De qualquer forma, não tem como a defesa (é impossível!) demonstrar que a condenação foi influenciada pelas manifestações de cunho religioso e discriminatórias de gênero pelo Promotor de Justiça. Ora, na

sistemática do Tribunal do Júri os jurados não possuem o dever de fundamentação de suas decisões, pois analisam e julgam com base nas convicções íntimas”.

Alega, de outra parte, que,

“[q]uanto aos fundamentos de que o homicídio foi praticado pelo padrasto contra a enteada, a reprimenda foi majorada pelo Tribunal estadual ao aplicar a agravante do artigo 61, II, f, do CP. E quanto ao fato do crime ter sido cometido contra menor de 12 anos, a pena foi aumentada na 3ª fase da dosimetria pelo Tribunal estadual com base no § 4º do artigo 121 do Código Penal.

Portanto, os mesmos fatos foram considerados mais de uma vez como motivação para majoração da pena base.

Em relação às consequências do crime, é evidente que os efeitos danosos aos familiares das vítimas de um homicídio já são circunstâncias previstas e levadas em consideração pelo legislador na cominação da pena mínima para o delito descrito no artigo 121 do Código Penal” (fl. 572/573 – grifos do autor).

Sustenta o recorrente que “considerar esses elementos para majorar a pena-base constitui flagrante **bis in idem**, a justificar a concessão da ordem para redimensionamento da reprimenda” (fl. 573).

Requer o deferimento da liminar para “**declarar a nulidade do processo posterior à decisão de pronúncia com a consequente submissão do recorrente a novo julgamento ou, subsidiariamente, para que seja reduzida a pena base**” (fl. 574 – grifos do autor).

No mérito, pede a confirmação do pedido de liminar.

Após contrarrazões, o recurso foi recebido e encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

Em 5/3/15, neguei seguimento a este recurso ordinário, no pressuposto de que a pretensão do recorrente teria sido atendida pelo Superior Tribunal de Justiça ao conceder a ordem de ofício no HC nº 222.216/RJ.

RHC 126884 / RJ

Em petição de embargos declaratórios, o recorrente aduziu que o acórdão recorrido concedeu a ordem, nos termos do voto da Ministra **Laurita Vaz**, apenas para “*para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal*” (Petição/STF nº 12393/15).

Diante da contradição apontada pelo recorrente entre o resultado contido no acórdão recorrido e o voto que prevaleceu no julgamento do HC nº 222.216/RJ, solicitei informações ao Relator, Ministro **Jorge Mussi**, o qual esclareceu que,

“em sessão realizada aos 14/4/2015, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça retificou a proclamação do julgamento do *writ*, que não foi conhecido, concedendo-se a ordem de ofício apenas para reduzir a reprimenda imposta ao acusado, vencido este Relator, que concedia *habeas corpus* de ofício em maior extensão” (Petição/STF nº 19887/15).

Em 1º/2/16, reconsiderarei a decisão mediante a qual neguei seguimento a este recurso ordinário e indeferi o pedido de liminar.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República **Cláudia Sampaio Marques**, opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 126.884 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como exposto, trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por Wilson Barbosa Rocha, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 222.216/RJ, Relator o Ministro **Jorge Mussi**, mas, de ofício, concedeu o **writ** para reajustar a pena a ele imposta.

Transcrevo a ementa do julgado ora impugnado:

“*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO JULGAMENTO EM PLENÁRIO. SORTEIO DOS JURADOS. RECUSA PEREMPTÓRIA. UTILIZAÇÃO DE EXPRESSÃO DE CUNHO RELIGIOSO PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE MÁCULA. VENCIDO O RELATOR.

1. O fato do representante do Ministério Público utilizar expressões de cunho religioso por ocasião do sorteio dos jurados na sessão plenária não acarreta nulidade do julgamento. Vencido o Relator.

DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Não há ilegalidade na exasperação da pena-base quando a instância de origem se utiliza de elementos concretos comprovados no decorrer da instrução criminal para a sua fundamentação, como ocorre na hipótese, na qual se demonstrou a maior reprovabilidade do fato imputado ao paciente, o qual praticou o crime de homicídio qualificado contra a sua enteada menor de idade; as consequências nefastas acarretadas à estrutura familiar que suportou a conduta, tendo em vista a relação de confiança estabelecida; bem como a sua má conduta social, evidenciada pelos depoimentos testemunhais.

ATENUANTE. CONFISSÃO QUALIFICADA. ADMISSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite que mesmo quando o autor confessa a autoria do delito, embora alegando causa excludente de ilicitude ou culpabilidade – a chamada confissão qualificada –, deve incidir a atenuante descrita no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO DE PENA. ART. 121, § 4º, PARTE FINAL, DO CP. VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS AO TEMPO DO DELITO. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL POR FORÇA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO. MAJORANTE DE NATUREZA OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE QUESITAÇÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO JÚRI OU DA AMPLA DEFESA.

1. A causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, parte final, do CP é de natureza estritamente objetiva, já que para a sua incidência basta o cotejo com o documento público indicador da idade da vítima, e atinge necessariamente a todos os sujeitos ativos, quando o homicídio for comprovadamente praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, encontrando-se, assim, dentro da competência do Juiz-presidente, pois adstrita à dosimetria da pena, pelo que se mostra prescindível a sua quesitação aos jurados.

2. Não há constrangimento ilegal quando o Tribunal, acolhendo o reclamo do órgão de acusação, elevou a reprimenda do paciente por força do previsto no art. 121, § 4º, parte final, do CP, uma vez que não fere o princípio da soberania dos veredictos, nem o da ampla defesa, a sua aplicação no caso, por se tratar de circunstância objetiva que não altera o tipo penal violado, relativa ao fato de ser a vítima menor de 14 (quatorze) anos ao tempo do crime, comprovadamente demonstrada e que foi objeto da denúncia, da pronúncia e da sustentação da acusação em plenário.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, reajustando-se a reprimenda definitiva para 20 (vinte) anos de reclusão no regime inicial fechado”.

Essa é a razão por que se insurge o recorrente.

O inconformismo do recorrente pode ser assim decomposto: **i)** insurgência quanto à composição do Conselho de Sentença, aos fundamentos de que o Promotor de Justiça justificou suas recusas peremptórias expressamente com base no gênero dos jurados e, ao final do sorteio, após a escolha da última jurada do sexo feminino, proferiu a seguinte frase 'Deus é bom'; e **ii)** ilegalidade na dosimetria da pena, a tornar imperioso o seu redimensionamento.

Passo a analisar as teses do recorrente.

I) DA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA.

Como sabido, “o Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento” (art. 447, CPP).

Outrossim, à medida em que, para esse sorteio, o juiz retirar da urna a cédula relativas aos jurados presentes, “a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa” (art. 468, CPP).

Cuida-se da denominada **recusa peremptória**, em que as partes não precisam esclarecer os motivos pelos quais recusam um jurado.

Trata-se do típico exercício de um poder discricionário, entendido, parafraseando **Eduardo García de Enterría**, como uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta normalmente em critérios extrajurídicos, não incluídos na lei e enviados ao juízo subjetivo das partes (*Curso de derecho administrativo*. 12^a ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, pp. 465-468, Tomo I).

Nesse sentido, **Eros Grau** assevera que, no exercício da discricionariedade, o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, da eleição entre alternativas igualmente justas ou indiferentes jurídicos (*O direito posto e o direito pressuposto*. 6^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 204-205).

Pelo fato de a recusa peremptória não ser motivada, **ela constitui o produto de uma escolha aleatória ou arbitrária**, que, diversamente de uma decisão judicial, prescinde da necessária justificação lógico-racional.

E, exatamente por ser arbitrária, a recusa peremptória é incontestável judicialmente.

Como destaca **José Frederico Marques**,

“Dizem BORSANI e CASORATI que ‘a recusa peremptória é ato com que o Ministério Público, ou o acusado, declara não aceitar um jurado sem aduzir o motivo. Essa

espécie de recusa é fundamental e essencial no instituto do júri e constitui, especialmente para o réu, direito substancial à sua defesa” (Elementos de direito processual penal. Campinas : Bookseller, 1997, vol. III, p. 206).

O legislador cometeu à defesa e ao Ministério Público o poder de declinar imotivadamente de um jurado, **no pressuposto de que é uma estratégia inerente à dinâmica do Tribunal do Júri a escolha do juiz leigo que melhor possa se enquadrar nas expectativas de êxito da parte.**

Logo, não cabe perquirir a motivação, explícita ou subjacente, para a recusa.

Pouco importa, nesse contexto, que o Ministério Público, expressamente, tenha direcionado as suas escolhas visando a que jurados do sexo feminino integrassem o Conselho de Sentença, razão por que não há falar-se em comportamento discriminatório de sua parte.

Aliás, a mesma estratégia – direcionamento das recusas em razão de gênero ou por qualquer outro motivo íntimo – poderia ter sido validamente adotada pela defesa.

Outrossim, como destacado pelo Ministro **Celso de Mello**, no julgamento da ADI nº 3.510/DF, Pleno, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe de 28/5/10,

“(…) o sistema jurídico brasileiro **estabelece, desde** o histórico Decreto 119-A, de 07/01/1890, **elaborado** por RUI BARBOSA e DEMÉTRIO RIBEIRO, **então** membros do Governo Provisório da República, **a separação** entre Estado e Igreja, **com afastamento** do modelo imperial **consagrado** na Carta monárquica de 1824, **que proclamava** o catolicismo como religião oficial do Estado brasileiro.

Todos sabemos que a laicidade traduz, desde 1890, um postulado essencial da organização institucional do Estado brasileiro, **representando**, nesse contexto, **uma decisão política fundamental** adotada pelos Fundadores da República, **cuja opção** – consideradas as circunstâncias históricas **então** presentes – **teve em perspectiva** a desgastante experiência

proporcionada pela Carta Política do Império do Brasil, **notadamente** aquela **resultante** do gravíssimo **conflito** que se instaurou **entre** o Estado monárquico brasileiro **e** a Igreja Católica Romana, **a conhecida** Questão Religiosa **ou** controvérsia episcopo-maçônica (1872-1875), **que opôs** o trono imperial ao altar católico.

A laicidade do Estado, **enquanto** princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, **que impõe** a separação entre Igreja e Estado, **não só reconhece**, *a todos*, **a liberdade de religião** (consistente no direito de professar **ou** de não professar qualquer confissão religiosa), **como assegura** absoluta igualdade dos cidadãos **em matéria** de crença, **garantindo**, ainda, às pessoas, **plena liberdade** de consciência e de culto.

O conteúdo material da liberdade religiosa **compreende**, na abrangência de seu significado, **a liberdade** de crença (que traduz uma das projeções da liberdade de consciência), **a liberdade** de culto **e a liberdade** de organização religiosa, **que representam** valores **intrinsecamente** vinculados e necessários à **própria** configuração da idéia de democracia, **cuja noção se alimenta**, continuamente, **dentre** outros fatores relevantes, **do respeito ao pluralismo**.

Nesse contexto, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, **impõe-se**, como elemento **viabilizador** da liberdade religiosa, **a separação institucional** entre Estado e Igreja, **a significar**, portanto, que, **no Estado laico**, como o é o Estado brasileiro, **haverá**, sempre, uma clara e precisa **demarcação** de domínios próprios de atuação **e** de incidência do poder civil (**ou** secular) **e** do poder religioso (**ou** espiritual), **de tal modo** que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem **estritamente** privada, **vedada**, no ponto, **qualquer** interferência estatal, **proibido**, ainda, ao Estado, **o exercício** de sua atividade **com apoio** em princípios teológicos **ou** em razões de ordem confessional **ou**, ainda, em artigos de fé, **sendo irrelevante** – em face da **exigência constitucional** de laicidade do Estado – **que se trate** de dogmas **consagrados** por determinada religião

considerada **hegemônica** no meio social, **sob pena** de concepções de certa denominação religiosa **transformarem-se, inconstitucionalmente, em critério definidor** das decisões estatais **e** da formulação e execução de políticas governamentais.

O fato irrecusável é que, **nesta** República laica, **fundada** em bases democráticas, **o Direito não se submete** à religião, **e** as autoridades incumbidas de aplicá-lo **devem despojar-se de pré-compreensões** em matéria confessional, **em ordem a não fazer repercutir**, sobre o processo de poder, **quando** no exercício de suas funções (**qualquer** que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas”.

No mesmo sentido, assentou o Ministro **Marco Aurélio**, no voto condutor da ADPF nº 54/DF, que

“o Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro.

(...)

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a

vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado”(Pleno, DJe de 30/4/13).

Assentadas essas premissas, passo a examinar o fato de o Promotor de Justiça, finda a escolha do Conselho de Sentença, ter afirmado que “Deus é bom”.

Não vislumbro, nessa frase, qualquer vulneração ao fato de ser

vedado aos agentes estatais pautarem as suas atividades por motivações de ordem confessional.

Trata-se, em verdade, de um simples comentário de ordem pessoal, perfeitamente enquadrável na liberdade de expressão assegurada às partes, que não repercutiu de nenhum modo na legalidade da condução dos trabalhos do Júri, tanto mais que a acusação não foi sustentada com base na convicção religiosa do Promotor de Justiça.

Dito de outro modo, esse comentário em momento algum traduziu indevida permeação de interesses confessionais na condução das atividades laicas do **Parquet**, razão por que é insuscetível de glosa ou censura.

Como bem destacado pela Ministra **Laurita Vaz**, em voto vencedor proferido no julgado ora hostilizado, as afirmações do Promotor de Justiça de que “recusaria homens para **equilibrar** os sexos dos componentes do Conselho de Sentença” e, após a escolha da última jurada do sexo feminino, de que ‘Deus é bom’,

“não são capazes de levar à consequência jurídica que se pretende, é dizer, não conduzem à anulação do ato, pois não são, nem mesmo potencialmente, capazes de influir na deliberação desmotivada dos jurados, uma vez que **inteiramente desligadas das circunstâncias do crime**”.

Aliás, nada obstaría que essas mesmas frases, desassociadas da fase do sorteio dos jurados, viessem a ser proferidas em momento ulterior, no curso dos debates.

Em verdade, a expressão “Deus é bom”, **no contexto em que proferida**, poderia muito bem ser substituída por “Tive sorte” ou “O destino me foi generoso”, a demonstrar a sua inocuidade para interferir no ânimo dos jurados como “argumento de autoridade”.

Ademais, como bem anotou o Ministro **Moura Ribeiro** no julgamento em questão,

“[a] limitação de manifestações espontâneas no Júri acaba

por lhe retirar as cores e a liberdade de argumentação, característica peculiar desse rito processual.

A propósito, EDILSON MOUGENOT BONFIM afirma que:

‘Ademais, as figuras de linguagem, a ironia, a ênfase, os ornatos retóricos, os jogos malabares linguísticos, os tropos da linguagem, os dilemas, lítotes, as analogias argumentativas, os epiquíremas, os silogismos, entinemas, enfim, os argumentos lógicos e extralógicos, pertencem à essência mesma dos discursos no Júri – por que não dizer que pertencem, incidentalmente, a todos os discursos jurídicos –, não se podendo suprimi-los sem fazer sucumbir o próprio manejo do direito e, ‘in casu’, o próprio pressuposto da democracia e do Tribunal Popular’ (Júri – Do Inquérito ao Plenário, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, pág. 303/304)”.

Em suma, não ocorreu nenhuma ilegalidade, por ocasião da composição do Conselho de Sentença, que deva ser reparada nesta sede.

II) DA DOSIMETRIA DA PENA.

Diversamente do que sustenta o recorrente, não se verifica **bis in idem** na dosimetria da pena nem a valoração negativa de circunstâncias ínsitas ao próprio tipo penal.

De acordo com o voto condutor do julgado ora impugnado, o ora recorrente

“foi condenado à pena de 13 (treze) anos de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática da conduta descrita no artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal.

Ao dar parcial ao recurso ministerial interposto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro majorou a reprimenda para 21 (vinte e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantido o regime inicial de cumprimento.

Da análise dos fundamentos expostos pela Corte de

origem, constata-se que o acréscimo de pena ocorreu na primeira fase da dosimetria, na qual foi elevada de 12 (doze) para 15 (quinze) anos em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal; bem como na terceira etapa, ante o reconhecimento da aplicabilidade da causa de aumento de pena prevista no § 4º do artigo 121 do Estatuto Repressor, majorando-a em 1/3 (um terço).

(...)

Na hipótese, ao acolher os argumentos lançados no apelo ministerial, o Tribunal de origem considerou desfavoráveis ao paciente as circunstâncias culpabilidade, consequências do crime e conduta social, operando, de forma aritmética, o acréscimo de um ano para cada, sob os seguintes fundamentos:

"(...)

Assim, na dosimetria da pena, a culpabilidade volta a ser analisada, porém, através de uma outra ótica, qual seja, o grau de reprovabilidade e censura que merece a conduta do agente. No caso em tela, estamos diante de um homicídio praticado pelo padrasto contra a enteada de, apenas, 12 anos, conduta esta merecedora de uma dosagem maior na aplicação da pena, tendo em vista a sua reprovação, já que o agente trata-se de uma pessoa da qual se esperava proteção e cuidado.

Também merece ser aumentada a pena-base pelas consequências do crime. O homicídio foi praticado pelo companheiro da mãe da vítima, pessoa que seria de confiança, com responsabilidade de cuidar da menina, tanto é que apenas os dois se encontravam em casa no momento dos fatos. O crime em questão, com toda certeza, gerou como consequência a desestruturação psicológica de uma família inteira, pois perderam, prematuramente, uma filha ou irmã, através da terrível atitude de uma pessoa tão próxima.

A conduta social do apelante 2 perante a sociedade também deve ser considerada na dosagem da pena-base. Segue definição da referida circunstância elaborada pelo doutrinador

Rogério Greco:

(...)

Assim, de acordo com depoimento do próprio apelante e de sua esposa, o mesmo é usuário de drogas e faz ingestão de bebidas alcoólicas. Segundo o irmão da vítima, Randau, o apelante 2 bebia sempre e tinha costume de bater nele. Afirmou, ainda, que quando era criança presenciou o apelante 2 pedir para a vítima que ela acariciasse seu órgão genital (fls. 39/42 do documento digital nº. 141).

Diante de todas essas informações contidas nos autos, vislumbra-se um comportamento social negativo por parte do apelante 2, o que possibilita o aumento da pena-base.

Diante do exposto, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal, de 15 (quinze) anos de reclusão, levando-se em consideração a culpabilidade, a conduta social do apelante 2, bem como as consequências do crime, na forma do art. 59 do CP." (fls. 472/473.)

Com relação à circunstância da culpabilidade prevista no artigo 59 do Código Penal, segundo a doutrina, na sua análise *'deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu'*. (DELMANTO, Celso e outros. Código Penal Comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 186).

Ou seja, não se trata da culpabilidade necessária para a configuração do tipo penal, de acordo com a sistemática de responsabilização subjetiva adotada pelo ordenamento jurídico, mas a reprovabilidade da conduta nas circunstâncias em que praticada, a indicar a necessidade ou não de majoração da reprimenda nesta fase da dosimetria.

Na hipótese, revela-se idônea a fundamentação exarada pelo Tribunal de origem, pois se baseou na relação de confiança que existia entre o paciente e a vítima - sua enteada que contava

com apenas 12 (doze) anos de idade -, circunstância que, de fato, denuncia a maior reprovabilidade da conduta do agente ao agir em desfavor de menor que lhe exigia proteção.

No que diz respeito às consequências do crime, também se afere a idoneidade das razões declinadas no acórdão objugado para majorar a reprimenda do paciente, pois tal circunstância deve ser avaliada, entre outros aspectos, sob o enfoque dos efeitos do delito no círculo social que suportou a conduta desviada do agente.

Embora seja certo que a dor da perda de um ente querido seja inerente a qualquer delito contra a vida, a Corte de origem se reportou à desestruturação familiar em razão da morte vítima ocasionada pelo companheiro de sua mãe, em quem se depositou confiança, tanto que na data dos fatos se encontravam sozinhos no local, circunstância que extrapola as consequências normais de um delito desta espécie e autoriza a exasperação da pena-base.

Com relação à conduta social do paciente, não se constata qualquer teratologia nos fundamentos declinados pelo Tribunal para a sua valoração negativa, pois foram indicadas as provas testemunhais colhidas sob o crivo do contraditório que confirmaram a sua condição de usuário de drogas, a frequente ingestão de bebidas alcoólicas, as atitudes agressivas com relação ao irmão da vítima, o qual já havia presenciado, inclusive, um pedido do acusado para que esta acariciasse seu órgão genital, sendo inviável afirmar que tais condutas possam ser consideradas aceitáveis para o almejado convívio social harmônico.

Por tais razões, não se constata qualquer ilegalidade no acréscimo de pena operado pelo Tribunal de origem na primeira fase da dosimetria'.

Como se observa, o tribunal local invocou três vetores desfavoráveis para majorar a pena-base: **culpabilidade, consequências do crime e conduta social.**

A culpabilidade, além de pressuposto de imposição da pena, é

tomada como fator diretamente relacionado ao grau de intensidade da resposta penal: quanto mais culpável o agente, quanto mais censurável for a sua conduta, maior deverá ser a quantidade da sanção penal (**Fernando Capez**. *Curso de Direito Penal, parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v 1, p. 319-320 e 479).

A meu sentir, a **culpabilidade** foi adequadamente valorada de forma negativa, com base em elementos fáticos concretos, quais sejam, *“homicídio praticado pelo padrasto contra a enteada de, apenas, 12 anos, conduta esta merecedora de uma dosagem maior na aplicação da pena, tendo em vista a sua reprovação, já que o agente trata-se de uma pessoa da qual se esperava proteção e cuidado”*.

Quanto às **consequências** do crime, correta a valoração negativa dos *“efeitos do delito no círculo social que suportou a conduta desviada do agente”*, consistentes na *“desestruturação psicológica de uma família inteira”*.

Finalmente, no tocante à **conduta social**, **Cezar Roberto Bitencourt** anota que, na avaliação desse vetor,

“[d]eve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. No entanto, nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu; nessa hipótese, a presunção milita em seu favor” (Tratado de direito penal. Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1, p. 756-757).

Nesse diapasão, mostrou-se correta a valoração negativa da conduta social do recorrente, calcada em elementos concretos, bem destacados no acórdão recorrido: condição de usuário de drogas, frequente ingestão de bebidas alcoólicas e atitudes agressivas com relação ao irmão da vítima,

que já havia presenciado um pedido do recorrente para que a vítima acariciasse seu órgão genital.

No tocante ao **quantum** de pena atribuído a cada um dos vetores negativos reconhecidos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite manejo do **habeas corpus** para o revolvimento do conjunto fático-probatório, com o objetivo de se redimensionar a pena imposta.

Como assentei no HC nº 122.838/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 21/11/14:

“Habeas corpus. Impetração contra decisão monocrática do relator de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Matéria não analisada por aquela Corte. Supressão de instância. Ponderação e reexame de circunstâncias judiciais valoradas negativamente. Descabimento. Condenação transitada em julgado. Writ sucedâneo de revisão criminal. Inadmissibilidade. Precedentes. Habeas corpus extinto.

1. Não se admite a impetração de **habeas corpus** contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente. Precedentes.

2. O Supremo Tribunal Federal não pode apreciar, em exame **per saltum**, questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. O **habeas corpus** não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

4. A via estreita do **habeas corpus** não permite que se proceda à ponderação e ao reexame de circunstâncias judiciais valoradas negativamente na sentença condenatória para a fixação da pena e do regime prisional.

5. **Habeas corpus** extinto, por inadequação da via eleita.”

RHC 126884 / RJ

Nesse sentido, vide: RHC nº 105.150/MG, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 4/5/12; RHC nº 121.092/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 12/5/14; HC nº 118.602/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 11/3/14; HC nº 111.398/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 3/5/12; HC nº 120.146/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 3/6/14 e HC nº 100.371/CE, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 21/5/10.

Como registrado no RHC nº 100.837/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 3/12/14,

“[a] dosimetria da pena é questão relativa ao mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias o exame dos dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada, notadamente após o trânsito em julgado da condenação”.

Assim, “[n]ão é viável, na via estreita do **habeas corpus**, o reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal” (HC nº 127.454/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 12/8/15).

Em suma, nada há que se reparar na pena-base.

Verifico, todavia, a existência de flagrante ilegalidade na terceira fase da dosimetria da pena.

Ao endossar a decisão do tribunal local que, provendo a apelação do Ministério Público, aplicou causa de aumento de pena não reconhecida pelo Tribunal do Júri, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

“Por fim, no que diz respeito ao reconhecimento da causa especial de aumento prevista no artigo 121, § 4º, do Código Penal, tem-se que o Tribunal de origem houve por bem acolher o apelo ministerial nesse ponto, ao argumento de que:

'A denúncia e a pronúncia são claras ao narrar que os fatos foram praticados contra uma menina de 12 anos.

Assim, apesar de não constar expressamente, na capitulação do delito, a incidência do § 4º do artigo 121 do CP, foram demonstrados os fatos, indicando a idade da vítima, o que não viola o princípio da correlação entre a denúncia, pronúncia e a sentença, já que o réu se defende dos fatos narrados e não da capitulação.

Ademais, conforme a Ata da sessão de julgamento (fls. 09/13 do documento digital nº. 346), a questão já foi apresentada anteriormente, não sendo caso de inovação em apelação. Quando dada a palavra à acusação, o Ministério Público pugnou pela condenação do apelante 2 com a aplicação da circunstância agravante prevista no artigo 61, II "h" do CP, por ser a vítima criança. Ora, a questão da idade da menina foi levantada em plenário pelo órgão ministerial, diferentemente do alegado pela defesa.

Assim, embora a incidência da causa de aumento regulada no § 4º do artigo 121 do CP não tenha sido expressamente requerida, o fato de a vítima ter, apenas 12 anos de idade quando assassinada, foi apresentado ao juízes naturais da causa e reconhecido pelo Juiz Presidente, na r. sentença, em fls. 16 do documento digital nº. 346, o qual negou a aplicação da referida agravante, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente define criança a pessoa com até 12 anos de idade incompletos e a vítima, no dia do fato, já havia completado 12 anos.

Considerando pelo descabimento da agravante por não ter sido o crime praticado contra criança menor de 12 anos incompletos, o magistrado deveria ter inserido a causa de aumento de pena prevista no artigo 121, § 4º, do CP, o que não o fez.' (fl. 475.)

Compulsando os autos, infere-se que a causa de aumento em exame foi devidamente narrada na denúncia (fl. 17), tendo sido mencionada na pronúncia (fl. 306), sendo certo que foi

objeto de requerimento expresse por parte da acusação por ocasião das razões finais em Plenário do Tribunal do Júri, conforme se constata da Ata da sessão de julgamento (fl. 368).

Não se olvida que o artigo 483 do Código de Processo Penal indique a necessidade de quesitação das causas de aumento de pena reconhecidas na pronúncia.

Tal previsão existe porque as causas de aumento, circunstâncias legais específicas que implicam na elevação da *"pena em quantidades estabelecidas pelo próprio legislador, na forma de cotas fixas ou variáveis"*, chamadas também pela doutrina de *"qualificadoras em sentido amplo"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3ª ed. RT:SP, 2009, p. 155), tem natureza integradora da estrutura típica do delito, por isso permitindo ao julgador a fixação de reprimenda superior ao máximo abstratamente previsto, *"uma vez que foi também o legislador quem idealizou aumentos e diminuições em quantidades pré-estabelecidas"* (op. cit., p. 156), por considerar que o crime, quando cometido com ou na forma das causas elencadas, seria gravado com maior reprovabilidade ou censura.

A causa de aumento em questão, está assim prevista, na parte que interessa: *"Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos"* (art. 121, § 4º, última parte, do Código Penal).

Trata-se de agravadora de cunho estritamente objetivo, já que para a sua incidência basta o cotejo com o documento público indicador da idade da vítima, ou seja, é de mera constatação, pelo que se pode concluir que tal previsão, incluída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, atinge necessariamente todos os sujeitos ativos quando o homicídio for comprovadamente praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, se encontrando, assim, dentro da competência do Juiz-presidente, pois adstrita à dosimetria da pena, sendo portanto desnecessária a obrigatoriedade de sua quesitação aos jurados, até para não se incorrer em perplexidade em casos que, atestada documentalmente que a idade da vítima era inferior a indicada

na majorante, o Júri negar a sua incidência, dando ensejo à nulidade do julgamento plenário.

(...)

Dessa forma, não há falar em constrangimento ilegal quando o Tribunal, acolhendo o reclamo do órgão de acusação, elevou a reprimenda do paciente por força do previsto no art. 121, § 4º, parte final, do Código Penal, uma vez que não fere o princípio da soberania dos veredictos a aplicação da causa de especial aumento apontada, por se encontrar dentro da competência do Juiz-presidente para a aplicação da reprimenda.

Como ressaltado, trata-se de circunstância objetiva que não altera o tipo penal violado, relativa ao fato de ser a vítima menor de 14 (quatorze) anos ao tempo do crime, circunstância comprovada nos autos principais e que inclusive foi objeto da denúncia, da pronúncia, e da sustentação da acusação em plenário, inexistindo, portanto, qualquer surpresa ou cerceamento à defesa em relação a sua incidência na hipótese.”

Esse entendimento não pode subsistir.

De acordo com **Claudio Papagno**, o princípio da legalidade se concretiza na determinabilidade, na clareza e precisão (“*determinatezza*”) das disposições que regulam o rito penal, único instrumento para evitar possível arbítrio judicial na aplicação das regras processuais (*L’interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 32).

Dispõe o art. 483 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.689/08, na parte que interessa:

“Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

- I – a materialidade do fato;
- II – a autoria ou participação;
- III – se o acusado deve ser absolvido;
- IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela

defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II – circunstância qualificadora **ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação”**.

Assim, **por expressa e claríssima determinação legal**, deverá ser formulado quesito sobre quaisquer causas de aumento de pena, desde que reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação

Na espécie, por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Júri, o Juiz-Presidente submeteu aos jurados os seguintes quesitos:

“1º QUESITO: Durante a madrugada de 04 de outubro de 2009, nos fundos da residência localizada na Rua Damião Cosme de Lima, nº 116, bairro Esplanada, nesta cidade, a vítima THAISA CAETANO DA SILVA foi atingida por golpes com uma chave de fenda e asfixiada, vindo a sofrer as lesões descritas no AEC de fls. 185/187, que foram a causa eficiente de sua morte?

1º QUESITO: (X) SIM () NÃO

2º QUESITO: O réu, WILSON BARBOSA ROCHA, no dia, hora e local, acima descritos, foi quem efetuou golpes com uma

chave de fenda e asfixiou a vítima THAISA CAETANO DA SILVA?

2º QUESITO: (X) SIM () NÃO

3º QUESITO: Assim agindo o réu quis o resultado morte?

3º QUESITO: (X) SIM () NÃO () PREJUDICADO

4º QUESITO: O jurado absolve o acusado WILSON BARBOSA ROCHA?

4º QUESITO: () SIM (X) NÃO () PREJUDICADO

5º QUESITO: O crime foi praticado por asfixia mecânica, consistente na constrição do pescoço da vítima?

5º QUESITO: (X) SIM () NÃO () PREJUDICADO”.

Como se observa, não foi submetido ao Conselho de Sentença o quesito sobre a causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, segundo o qual, “sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos”.

Diante da determinação legal para a quesitação das causas de aumento de pena, não poderia o Juiz-Presidente, e muito menos o Tribunal de Justiça, majorar a pena do recorrente com base em causa de aumento de pena **não reconhecida pelo Conselho de Sentença**, sob pena de manifesta ofensa aos princípios da legalidade e da soberania dos veredictos do Júri (art. 5º, II e XXXVIII, “c”, CF).

Outrossim, não cabe argumentar que se trata de causa de aumento de pena de caráter nitidamente objetivo para se subtrair a sua apreciação ao seu juiz natural, o Tribunal do Júri.

Em verdade, pouco importa se a causa de aumento de pena tem caráter objetivo ou subjetivo: **é obrigatória, por determinação legal, a sua quesitação.**

Aliás, entendimento em sentido contrário conduziria à teratológica conclusão de que eventuais qualificadoras de natureza objetiva, previstas no art. 121, § 2º, III (homicídio cometido com emprego de veneno, fogo,

explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum) e IV (à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido), do Código Penal, poderiam ser reconhecidas pelo Juiz-Presidente, ou em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça, sem a sua submissão, pela via do quesito, ao Tribunal do Júri.

Nem se argumente que, diante dessa ilegalidade, seria o caso de se determinar a anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nos termos do art. 484 do Código de Processo Penal “(...) o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata”.

Na espécie, além de não ter se insurgido, **oportuno tempore**, contra a ausência de quesitação da causa de aumento de pena, o Ministério Público, ao apelar da sentença condenatória, em momento algum, nas suas razões de recurso, arguiu a nulidade do julgamento por aquela razão, limitando-se a postular, tão somente, a sua aplicação diretamente pelo Tribunal de Justiça, **verbis**:

“Surpreendentemente, o d. Juiz-Presidente deste Tribunal do Júri, decidiu aplicar a pena de 13 (treze) anos para este delito hediondo, que retrata extrema covardia e violência doméstica, contra uma menina de 12 anos de idade.

Para tanto, não se considerou as circunstâncias judiciais preponderantes contra o recorrido, art. 59 do CP; aumentou-se brandamente a pena, com relação à agravante genérica relativa à relação doméstica e de coabitação, art. 61, II, h do CP; e não se considerou o aumento especial e obrigatório de pena, uma vez que a vítima era uma menina menor de 14 (quatorze) anos, fls. 223/224, art. 121 § 4º, parte-final do CP.

(...)

Em seguida, na terceira-fase, observando-se o aumento especial e obrigatório, de 1/3, porque a vítima era pessoa menor de 14 (quatorze) anos de idade, a pena deveria ter sido fixada, por definitivo, acima de 26 (vinte e seis) anos de reclusão, que, diante da grave violência doméstica, contra uma menina, delito

considerado hediondo, ainda não seria suficiente para reprimir e prevenir o grave, traiçoeiro e covarde delito praticado pelo recorrido.

Do exposto, pede-se que o presente recurso seja admitido e provido, majorando-se a pena acima de 26 (vinte e um) anos de reclusão, por medida de justiça”.

Nesse contexto, não se poderia agora, a pretexto de se corrigir a ilegalidade havida, determinar-se a submissão do recorrente a novo Júri.

Com efeito, dispõe a Súmula nº 160 do Supremo Tribunal Federal que *“é nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”*.

Ora, se o Ministério Público recorreu para que fosse diretamente aplicada a causa de aumento de pena pelo Tribunal de Justiça, sem suscitar a nulidade do julgamento por ausência de quesitação específica, é vedado ao Supremo Tribunal Federal reconhecer de ofício essa nulidade, em desfavor do acusado.

Cumprido, tão somente, decotar-se a causa de aumento de pena indevidamente reconhecida.

Considerando-se que a pena-base foi fixada em 15 (quinze) anos de reclusão; considerando-se que o acórdão recorrido, na segunda fase da dosimetria, determinou a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante genérica do art. 61, II, "f", do Código Penal e, por fim, considerando-se o afastamento da causa de aumento de pena do art. 121, §4º, do Código Penal, a pena do recorrente deve ser definitivamente fixada em 15 (quinze) anos de reclusão.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao presente recurso ordinário em **habeas corpus** e concedo o **writ** para decotar a causa de aumento de pena do art. 121, § 4º, do Código Penal, fixando-se a pena do recorrente em 15 (quinze) anos de reclusão.

É como voto.