



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000531529

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0045326-61.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário RAFAEL TADEU DE OLIVEIRA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO ORLANDO (Presidente), SILMAR FERNANDES, MÁRCIO BARTOLI, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, ALMEIDA SAMPAIO, ALEX ZILENOVSKI E IVO DE ALMEIDA.

São Paulo, 24 de julho de 2017

LUIZ FERNANDO VAGGIONE

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº 1.680

Revisão Criminal nº 0045326-61.2015.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Peticionário: Rafael Tadeu de Oliveira Santos

Revisão Criminal. Homicídio triplamente qualificado e estupro de vulnerável. Pretensão de redimensionamento da pena. Impossibilidade. Circunstâncias judiciais desfavoráveis que recomendam a fixação da reprimenda acima do mínimo legal. Dosimetria criteriosamente realizada. Revisão criminal indeferida.

Trata-se de Ação Revisional Criminal ajuizada por RAFAEL TADEU DE OLIVEIRA SANTOS, perante este Tribunal de Justiça, visando rescindir o v. Acórdão da 7ª Câmara Criminal (fls. 983/991 do processo originário), que negou provimento ao apelo defensivo e manteve a condenação do peticionário ao cumprimento de 36 (trinta e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, porque incurso nos artigos 121, §2º, incisos III, IV e V e §4º, e 217-A, ambos do Código Penal (fls. 912/914 dos autos em apenso)

A condenação transitou ao julgado para o revisionando em 30.06.2014 (fls. 1001 do apenso).

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo apresentou as razões para a rescisão do julgado com fundamento artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, por entender que existem circunstâncias que autorizam a redução da pena. Sustenta, em síntese: i) que a pena-base de ambos os delitos foi fixada de forma desproporcional e ilegal, utilizando elementos que se confundem com o tipo penal pelo qual foi o revisionando condenado, o que caracteriza *bis in idem*, ii) que as qualificadoras não podem ser utilizadas para exasperar as penas do homicídio em primeira



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fase; iii) que o peticionário é primário e possui bons antecedentes, não podendo os atos infracionais por ele cometidos ser utilizados para exasperação das reprimendas; iv) que as consequências do delito, que envolvem a morte de criança, já foram apenadas com maior rigor pela causa de aumento de pena prevista no artigo 121, §4º, do Código Penal, não servindo de fundamento para incrementar a basal; v) que as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa foram aplicadas em fração diminuta e desproporcional.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido do indeferimento do pedido (fls. 35/39).

É o relatório.

Da prova colhida aos autos tem-se que, em uma segunda feira do mês de maio de 2010, na Rua Santa Catarina, nº 34, no bairro União de Vila Nova, na Comarca da Capital, o revisionando praticou atos libidinosos consistentes em sexo oral e sexo anal com o menor Fábio dos Santos Lemos, que à época contava com apenas 09 anos de idade.

Consta, também, que logo após o ocorrido, com a finalidade de assegurar a impunidade pelo crime anterior, o peticionário matou o ofendido mediante meio cruel, consistente em asfixia, e se valendo de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, haja vista tratar-se de criança, com mínima capacidade de resistência.

Diante desse contexto, os jurados, no desempenho da soberania que lhes é garantida pela Constituição Federal, adotaram conclusão plausível e respaldada em elementos de prova constantes dos autos. Acolheram, assim, a versão exposta pela acusação, condenando o acusado por homicídio triplamente qualificado e por estupro de vulnerável.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A decisão condenatória foi mantida por este Tribunal de Justiça (vide Acórdão de fls. 983/991 dos autos apensados).

O acerto do decreto condenatório foi reconhecido pela própria Defesa, que ajuizou a presente revisão criminal visando apenas à redução das reprimendas.

E, no caso, o pedido não comporta acolhida.

O Juízo, em decisão posteriormente mantida por este Tribunal de Justiça, considerando a intensidade do dolo, a premeditação, a má conduta social do revisionando, sua periculosidade exacerbada e personalidade deturpada, as consequências dos delitos, bem como a existência de três qualificadoras (no que diz respeito ao homicídio), corretamente fixou as penas básicas em patamar bastante superior ao mínimo legal (13 anos de reclusão para o crime de estupro de vulnerável e 25 anos de reclusão para o delito de homicídio).

Passa-se, então, à análise pormenorizada das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, para demonstrar a inexistência de ilegalidades apontadas na exordial da presente demanda.

Quanto à culpabilidade, importante transcrever os ensinamentos do douto Cezar Roberto Bitencourt:

"(...) impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal – na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura" (Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal – Parte



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Geral, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 663).

No caso, patente terem ambos os delitos sido praticados com dolo intenso e de forma premeditada, a merecer maior reprovabilidade.

Note-se que o acusado declarou que, sendo vizinho do ofendido, tinha conhecimento de que o menor passava o dia desacompanhado, aguardando sua genitora retornar do trabalho. Assim, de forma premeditada, aproveitou-se da ausência dos responsáveis pela criança para pedir seu auxílio para carregar um monitor até o interior de sua casa. Nessa oportunidade, praticou com o infante atos libidinosos consistentes em sexo oral e sexo anal, matando-o em seguida.

Quanto aos antecedentes, importante destacar que o peticionário é primário, de modo que a pena-base não comporta exasperação por tal fundamento.

Observa-se, contudo, que a prova oral colhida, em especial a oitiva de Carlita Teixeira dos Santos (fls. 645/650 dos autos originários), tia do revisionando, bem como as próprias declarações do peticionário em Plenário (mídia de fls. 908), revelam sua má conduta social.

Mencionada testemunha, quando ouvida em Juízo, asseverou que *"Ele roubava, mentia, não ia para a escola, até doze anos coisas de criança, mas depois dos doze começou a roubar com arma, usava maconha. (...) Fiquei sabendo que ele trabalhava na padaria e foi acusado de estar abusando de uma criança de três anos e os parentes da criança foram na minha casa atrás dele, querendo matar ele. Fiquei sabendo que ele foi passar férias na casa do irmão e tentou estuprar meu sobrinho de cinco anos, quatro a cinco anos. (...) Na escola era acusado de pular o muro da escola, ir no banheiro passar a mão em alguém, roubava os professores, de estupro (...)".*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Disse, também, de outro episódio de estupro de criança, aduzindo que *“ele contou como ele fez numa casa com uma criança que ele estuprou em São Paulo, não sei onde. Entrou na casa para roubar, subiu as escadas e a criança estava no quarto deitada, não sei bem e ele entrou, fechou a boca da criança e contou tudo, normal como eu estou contando”*.

Acrescentou, ainda, a respeito de um roubo no qual o revisionando teria se envolvido quando adolescente, que *“ele foi assaltar, entrou no apartamento e a moça com uma criança novinha no colo se assustou e pulou a janela, e ele estava com a faca na mão”*.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt e Guilherme de Souza Nucci:

“Deve-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, imoralidade, reveladores de desajuste social”(Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 666)

“O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. (...) É natural que a simples leitura da folha de antecedentes não presta para afirmar ser a conduta do acusado boa ou ruim. Mesmo no caso de existirem registros variados de inquéritos arquivados, processos em andamento ou absolvições por falta de provas, há ausência de substrato concreto para deduzir ser o réu pessoa de má conduta social. Afinal, antes de mais nada, prevalece o princípio constitucional da presunção de inocência. (...) Entretanto, conforme o caso, tanto a acusação, como o próprio juiz, podem valer-se da folha de antecedentes para levantar dados suficientes, que permitam arrolar pessoas com conhecimento da efetiva conduta social do acusado” (Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 457/458)

Nota-se, portanto, que diferentemente do que afirma a Defesa, não se trata de usar atos infracionais anteriormente cometidos pelo revisionando para exasperar sua reprimenda (conduta essa não admitida



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pelo Superior Tribunal de Justiça), mas de ponderar todas as informações existentes a respeito de seu comportamento perante a sociedade, as quais, no caso, revelaram má conduta social, passível de ser utilizada como circunstância judicial desfavorável.

No que diz respeito à personalidade, é certo que o fato de ter sido o homicídio praticado para assegurar a impunidade pela prática do crime anterior e o fato de ter sido ele cometido mediante asfixia dizem respeito às qualificadoras previstas no artigo 121, §2º, incisos III e V.

Ocorre, contudo, que mesmo que desconsideradas tais circunstâncias, ainda assim há elementos suficientes a demonstrar a personalidade desvirtuada do revisionando.

Como bem colocado na r. sentença de fls. 912/914, a frieza e falta de empatia na conduta do peticionário são evidentes. O ofendido, menor de apenas 09 anos de idade, era seu vizinho, residindo duas casas após a sua. Ainda assim, de forma absolutamente insensível e apática, com ele praticou crime sexual gravíssimo, matando-o em seguida e deixando seu corpo no interior de sua residência por quase dois dias.

Quanto aos motivos do delito, inexistem informações concretas a justificar exasperação.

No tocante às consequências do crime, como bem observou a Defesa, o fato de ter ocorrido a morte de uma criança já foi sopesado pelo legislador quando da edição da causa de aumento prevista no §4º do artigo 121 do Código Penal, de modo que sua consideração nessa fase da dosimetria, a título de consequências do crime, caracterizaria indevido *bis in idem*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Tal fato, todavia, não afasta as graves consequências geradas pela conduta do revisionando, pois, não bastasse a prática dos crimes pelos quais foi condenado, em razão da putrefação do cadáver, optou o peticionário por abandonar o corpo do infante quase em frente a casa de sua genitora e, de forma absolutamente indiferente, foi o responsável por alertá-la a respeito da existência de um cadáver no local, bem como por entrar em contato com o genitor da criança, lhe comunicando acerca do falecimento de seu filho. Evidente, portanto, que a conduta do peticionário acarretou aos genitores da vítima sofrimento desnecessário e muito além daquele decorrente da prática do crime.

Por fim, no que tange às circunstâncias do delito, devem ser sopesadas duas das três qualificadoras do homicídio.

A possibilidade de utilizar uma das qualificadoras para alterar os parâmetros mínimo e máximo da pena, e as demais para exasperar as reprimendas básicas, é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

A respeito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO COM BASE NOS MAUS ANTECEDENTES E NA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS E MOTIVAÇÃO DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. COMPROVAÇÃO DA AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. ÔNUS DA IMPETRANTE. DIVERSAS CIRCUNSTÂNCIAS E MOTIVAÇÃO DO CRIME. UTILIZAÇÃO DE UMA CIRCUNSTÂNCIA PARA QUALIFICAR O DELITO E DE OUTRAS PARA EXASPERAR A PENA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. 3. A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

e mínimas cominadas ao delito. Precedentes. (...) 5. É possível a utilização de uma circunstância para qualificar o delito e as demais para exasperar a pena-base. Precedentes. 6. Habeas corpus não conhecido.” (STJ, HC 357.938/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 30/08/2016)

Desse modo, consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis (maior reprovabilidade da conduta, má conduta social, personalidade desvirtuada e consequências do crime), bem como duas das três qualificadoras (apenas em relação ao crime de homicídio), correto o incremento das basais de ambos os delitos no patamar mencionado na r. sentença, quais sejam, 25 (vinte e cinco) anos de reclusão para o delito de homicídio e 13 (treze) anos de reclusão para o crime de estupro de vulnerável.

Na segunda fase da dosimetria, por força das atenuantes da confissão e da menoridade relativa, acertada a redução da reprimenda do homicídio para 20 (vinte) anos de reclusão.

Por força do princípio da proporcionalidade, as mesmas circunstâncias devem ser aplicadas ao cálculo da pena atinente ao delito de estupro de vulnerável, resultando em 10 (dez) anos de reclusão.

Na derradeira fase, também correta a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 121, §4º, do Código Penal, apenas quanto ao crime de homicídio, passando a sanção para 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Ficaram as penas, assim, definitivamente estabelecidas em 10 (dez) anos de reclusão para o crime de estupro de vulnerável e 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão para o delito de homicídio.

Tratando-se de hipótese de concurso material de infrações, correta



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

a soma das penas, o que totaliza 36 (trinta e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Acertado, por fim, o estabelecimento de regime prisional inicial fechado, consideradas as peculiaridades do caso concreto e o *quantum* da pena estabelecida.

Diante do exposto, INDEFERE-SE o presente pedido revisional e mantém-se a pena imposta ao revisionando.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE
Relator