

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.253 - GO (2018/0275085-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : MOALLYSSON PATRICIO ALVES FREITAS MORAIS
ADVOGADO : ELISMÁRCIO DE OLIVEIRA MACHADO - GO019383
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODIFICAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 7 DO STJ. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. EXCLUSÃO PARCIAL. MAIOR DIMINUIÇÃO DA PENA. NECESSIDADE. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por MOALLYSSON PATRICIO ALVES FREITAS MORAIS contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que inadmitiu recurso especial, fundamentado no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, manifestado contra o acórdão prolatado na Apelação Criminal n. 126113-47.2016.8.0087.

Consta dos autos que, em primeiro grau, foi o Agravante condenado à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2.º, inciso I, c.c o art. 14, inciso II, do Código Penal, por duas vezes, na forma do art. 71, parágrafo único, do mesmo Estatuto. Houve apelação somente defensiva, a que o Tribunal de origem deu parcial provimento, reduzindo a reprimenda para 11 (onze) anos de reclusão. O acórdão ficou assim ementado (fl. 380):

"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 121, § 2.º, INCISO I C/C ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ARTIGO 121, C/C ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO ESTATUTO REPRESSIVO. CRIME IMPOSSÍVEL. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL. REANÁLISE DO PROCESSO DOSIMÉTRICO. 1. Se o agente não consuma o seu intento homicida por circunstâncias alheias à sua vontade, não há que se falar em ineficácia absoluta do meio, afastando-se a tese de crime impossível. 2. Se a conduta ilícita não se interrompeu de forma espontânea/voluntária

pelo acusado, sendo a execução do delito impedida por fatores estranhos à vontade daquele, inoportável o reconhecimento da desistência voluntária. 3. Presentes as elementares dos crimes de tentativa de homicídio qualificado e tentativa de homicídio, descabida a desclassificação das condutas para lesão corporal. 4. Verificado que o magistrado singular, de forma equivocada, analisou as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, impõe-se o redimensionamento da pena."

Nas razões do recurso especial, trouxe o Agravante as seguintes alegações:

a) violação do art. 14, parágrafo único, do Código Penal, ao argumento de que deve ser aplicada a fração máxima de 2/3 (dois terços), uma vez que não houve risco de vida ou sequela permanente;

b) afronta ao art. 71, parágrafo único, do referido Códex, sustentando não haver fundamentação que justifique a utilização da fração de 1/4 (um quarto) referente à continuidade delitiva específica, mormente porque tal fração foi estipulada pelo Juízo singular com base no fato de terem sido dois crimes tentados e três circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis na sentença. No entanto, no julgamento da apelação, a negatização de duas delas foi afastada pelo Tribunal de origem. Assim, entende que deve ser aplicado o patamar de 1/6 (um sexto).

Pediu o provimento do especial, com o acolhimento dos pedidos.

Oferecidas contrarrazões (fls. 409-413), inadmitiu-se o recurso na origem (fls. 432-433), ensejando a interposição do presente Agravo (fls. 440-446), contraminutado às fls. 448-451.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo (fls. 462-468).

É o relatório.

Decido.

Evidenciada a admissibilidade do agravo, passo à análise do recurso especial.

No tocante à fração de diminuição pela forma tentada dos delitos, consignou o a sentença, ao estabelecer a fração de diminuição em 1/3 (um terço), no tocante à vítima Fabiane, e em 1/2 (metade), quanto à vítima Sirlei, respectivamente (fls.

291-292):

"Por fim, incindo a causa de diminuição de pena relativa ao crime tentado, reduzo a pena, considerando o iter criminis percorrido (quantidade elevada de golpes e regiões vitais atingidas), em um terço, fixando-a definitivamente em 12 (doze) anos de reclusão.

[...]

Por fim, incidindo a causa de diminuição de pena relativa ao crime tentado, reduzo a pena, considerando o iter criminis percorrido (quantidade de golpes – menor em relação a Fabiane – e regiões atingidas), em metade, fixando-a definitivamente em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão."

O Tribunal de origem manteve as frações aplicadas pelo Juízo de primeiro grau.

Como se verifica, o *quantum* de redução das penas, pela tentativa, está devidamente fundamentado no *iter criminis* percorrido, na quantidade de golpes desferidos e nas regiões corporais atingidas, inexistindo ilegalidade a ser sanada.

Outrossim, havendo fundamentação concreta, para rever os referidos patamares, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, providência descabida em recurso especial, nos termos da Súmula n.º 7 do STJ.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. TENTATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO EM 3/5. DECISÃO MOTIVADA. PLEITO PARA AUMENTAR O PATAMAR APLICADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. PENA DE MULTA QUE NÃO GUARDA PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1. Verificado que o *quantum* fixado, em razão da prática do delito de furto tentado, foi fundamentado no *iter criminis* percorrido pelo agente, inviável a alteração da fração de redução, uma vez que demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

2. 'A quantidade de dias-multa deve guardar correspondência à sanção corporal aplicada. Afigura-se desproporcional o aumento do número de dias-multa em patamar superior àquele efetivado para a sanção privativa de liberdade, devendo ser reconhecida a manifesta ilegalidade, que reclama a concessão de *habeas corpus* de ofício, operando-se o seu redimensionamento' (AgRg no AREsp 900.438/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018).

3. No presente caso, fixada a pena em 1 ano, 3 meses e 10 dias de reclusão, para o crime de furto qualificado (pena de 2 a 8 anos), revela-se desproporcional a pena de multa fixada em 46 dias-multa.

4. *Agravo regimental parcialmente acolhido para redimensionar a pena de multa para 7 dias-multa.*" (AgRg no REsp 1.768.424/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA. PROPORCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *As instâncias ordinárias, após minuciosa análise do acervo fático-probatório, entenderam devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do crime de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes que foi imputado ao réu, notadamente com base na prova oral colhida. Para decidir de modo diverso, é necessário reexaminar provas e dirimir controvérsia fática, providências não admitidas no recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.*

2. *A exasperação da pena-base foi realizada de maneira fundamentada e proporcional, diante da valoração negativa dos maus antecedentes do acusado, que possui, em seu desfavor, sentença condenatória com trânsito em julgado.*

3. *O Tribunal a quo, ao analisar os fatos e as provas coligidos aos autos, entendeu como adequada a redução da reprimenda na fração de 1/2, embasada pelo iter criminis percorrido pelo agente, critério adotado por esta Corte Superior. Precedentes.*

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 1.193.145/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe 3/9/2018).

Em relação à majoração decorrente da continuidade delitiva específica, o Juízo de piso trouxe a seguinte fundamentação (fl. 292):

"Malgrado os crimes tenham sido realizados por meio de ações independentes, ocorreram em idênticas condições de tempo, lugar e maneira de execução, tudo em contexto único, e ainda, sendo crimes dolosos, praticados mediante violência e contra vítimas diferentes, resta evidenciada a continuidade delitiva específica, delineada no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, o que implica na aplicação da pena mais grave (delito praticado em desfavor de Fabiane), aumentada, em razão da existência de dois crimes tentados e três circunstâncias judiciais desfavoráveis, em 1/4 (um quarto), o que resulta em uma pena definitiva de 15 (quinze) anos de reclusão."

O Tribunal, no julgamento da apelação defensiva, manteve a fração (fl.

391):

"De forma escorreita, aplicou o crime continuado, porquanto o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave (in casu - 108 anos, 09 meses e 18 dias), se diversas, aumentada, em qualquer caso de um sexto a dois terços, nos termos do artigo 71 do Código Penal.

Adoto o percentual escolhido pelo juiz primário 1/4 (um quarto) restando a reprimenda em 11 (onze) anos de reclusão."

O art. 71, parágrafo único, do Código Penal estabelece que, "[n]os crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código."

A partir da interpretação do referido artigo, esta Corte Superior entende que, na continuidade delitiva específica, a fração de aumento deve observar a quantidade de delitos e as circunstâncias judiciais negativas.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. FRAÇÃO DE AUMENTO. PRÁTICA DE TRÊS DELITOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. REDIMENSIONAMENTO DA FRAÇÃO PARA 1/5. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE IMPOSTA COMO CONDIÇÃO DO SURSIS. ARGUMENTO DE ILEGALIDADE. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. No tocante a dosimetria da pena, a sua revisão, na via do

habeas corpus, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, Dje 12/3/2015).

3. É entendimento desta Corte Superior que a fixação do quantum decorrente da continuidade delitiva, nos termos do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, deve levar em consideração tanto o número de infrações cometidas como as circunstâncias judiciais do delito.

4. No caso, verifica-se que o aumento foi fixado na fração de 1/2, levando-se em conta exclusivamente o cometimento de três delitos, não tendo sido apontada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Dessa forma, é evidente a existência de flagrante ilegalidade verificada na desproporcionalidade do quantum de aumento estipulado pelo Tribunal local, sem nenhuma fundamentação concreta.

5. A insurgência quanto à ilegalidade na imposição de prestação de serviços como condição do sursis não foi debatida no Tribunal local. Dessa forma, a análise desse tema por esta Corte Superior significaria supressão de instância.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 3 meses e 18 dias de detenção, mantidos os demais termos da condenação." (HC 407.244/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/9/2017, DJe 2/10/2017)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. PRECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DESPROPORCIONALIDADE NA EXASPERAÇÃO PROMOVIDA PELA SENTENÇA REVISANDA E MANTIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. PENA REDIMENSIONADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência consolidada nesta Corte, a definição do percentual de aumento referente à continuidade delitiva específica, prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, deve levar em consideração, além do número de infrações praticadas, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do delito (circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP).

2. Na espécie, o aumento foi fixado na fração de 1/2, levando-se em conta exclusivamente o cometimento de dois delitos, não tendo sido apontada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal de 4 anos de reclusão, revelando-se, assim, inadequado e desproporcional o aumento operado

na origem.

3. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no AREsp 1.118.845/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018).

No caso, o Juízo de primeiro grau fixou a fração de 1/4 (um quarto), por serem dois os delitos, bem assim haver três circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias e consequências). No julgamento da apelação, entretanto, houve a exclusão de duas vetoriais negativas (culpabilidade e consequências). Nesse contexto, remanescendo apenas uma das circunstâncias judiciais negativas utilizadas para fundamentar a aludida fração (circunstâncias do crime), impunha-se, também, a readequação do aludido patamar. É inviável a fixação da fração mínima, como requer a Defesa, porque remanesce vetor negativo.

Sendo assim, tomo a pena mais grave, de 8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e, pela continuidade específica, majoro em 1/5 (um quinto), tornando a pena definitiva em **10 (dez) anos, 6 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias**.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim reduzir a fração de aumento pela continuidade delitiva específica, ficando a pena redimensionada nos termos da presente decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora