AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.449.964 - MG (2019/0048805-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	C DE J S (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por C de J S em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 486):

> *EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS - HOMICÍDIO - REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL - INVIABILIDADE - UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCATENADA COM OS FATOS PARA NEGATIVAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. Tendo em vista o grau de discricionariedade conferido ao julgador pela lei, na análise das circunstâncias judiciais (art. 59 Código Penal) e, sendo certo que se avalia nesta Instância revisora se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido, não há alterações na dosimetria da pena-base do acusado, eis que o aumento foi devidamente fundamentado.*

Interpostos embargos de declaração, esses foram rejeitados (e-STJ fls. 503/508).

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega violação do artigo 59 do CP. Sustenta a redução da pena-base ao mínimo legal, em razão da ausência de fundamentação idônea quanto à culpabilidade e comportamento da vítima.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 524/526), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 541/543), tendo sido apresentado o presente agravo.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do agravo em recurso especial (e-STJ fls. 574/578).

É o relatório. **Decido**.

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

O recurso merece parcial acolhida.

O Juízo sentenciante, ao fixar a pena-base, assim consignou (e-STJ fls. 433/434):

> *a) culpabilidade: a censurabilidade sobre a conduta é maior; porquanto praticada com uso de arma de fogo sem registro; o que, em tese, representa delito autônomo;*
>
> *b) antecedentes: afora o registro de condenação considerado para fins de reincidência, não há anotação de outro, consoante FACs (ff. 52/55, 106/109, 187/190 e 302/306) e CACs (ff. 110/111, 191/193 e 299/301);*
>
> *c) conduta social: à míngua de elementos para aferição desta circunstância, não pode ela ser desfavorável;*
>
> *d) personalidade: nada de pejorativo foi apurado;*
>
> *e) motivos: decotada a torpeza pelo Conselho de Sentença, nada há a ser, aqui, considerado;*
>
> *f) circunstâncias: afastada a qualificadora de o crime haver sido cometido mediante meio que dificultou a defesa da vítima pelo E. Tribunal de Justiça, nada há a ser sopesado;*
>
> *g) conseqüências do crime: consta dos autos que a vítima: tinha 2 (dois) filhos menores à época em que foi morto; os quais se tornaram órfãos. Por óbvio, o homicídio de um pai traz consequências mais gravosas do que a morte de uma pessoa que não deixa descendentes; não só pela ausência da figura paterna durante o crescimento das crianças; mas também pela nódoa nelas criadas, pela perda violenta do genitor;*
>
> *h) comportamento da vítima: não há provas claras de que o ofendido tenha contribuído com a conduta do acusado, razão por que esta circunstância é-lhe desfavorável. Evidentemente, o comportamento do sujeito passivo somente poderia ser tomado em seu prol se houvesse atitude da vítima que desse azo à prática delituosa, o que não é o caso dos autos.*

O Tribunal manteve a sentença condenatória.

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal,

cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC 272.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

De início, pode haver a valoração negativa da culpabilidade, no que tange ao fato do acusado ter praticado o homicídio com uso de arma de fogo sem registro, o que se subsume, em tese, a crime autônomo previsto na Lei 10.826/2003, o que demonstra maior desvalor dessa circunstância, motivo pelo qual pode ser sopesada, pois aponta para maior reprovabilidade da conduta. Precedentes: HC 333.373/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017; HC 214.437/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017.

Quanto ao comportamento da vítima, o Tribunal *a quo* consignou que *não há provas claras de que o ofendido tenha contribuído com a conduta do acusado, razão por que esta circunstância é-lhe desfavorável* .

Ora, tal posicionamento encontra-se em sentido contrário à jurisprudência desta Corte Superior de que o comportamento neutro da vítima não pode ser considerado desfavorável ao réu na dosimetria da pena.

Nessa linha, os seguintes julgados:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 121, § 2º, I E IV, DO CP. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONCURSO ENTRE AS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA UTILIZAÇÃO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DO OFENDIDO. FRAÇÃO DE 1/14. DESPROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO PARA 1/6. AGRAVO PROVIDO.*
>
> *1. É assente o entendimento, nesta Corte Superior, de que o comportamento da vítima deve considerado neutro, se em nada contribuiu para o delito, não justificando o incremento da pena-base.*
>
> *[...]*
>
> *3. Agravo regimental do MINISTÉRIO PÚBLICO improvido. Agravo regimental de AGNALDO OLIVEIRA SILVA provido para reduzir a pena a fim de estabelecer a redução, na segunda etapa, em 1/6, resultando a pena definitiva de 12 anos e 1 mês de reclusão, no regime fechado.* (AgRg no REsp 1687304/AL, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018)

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DOSIMETRIA. VÍTIMA QUE NÃO CONTRIBUIU PARA A PRÁTICA DO DELITO. COMPORTAMENTO NEUTRO. VALORAÇÃO NEGATIVA. DESCABIMENTO.*
>
> *1. Por ocasião da análise das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, o magistrado tem o dever de justificar a majoração da pena-base, fundamentando-a em elementos concretos.*
>
> *2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o comportamento neutro da vítima não pode ser considerado desfavorável ao réu na dosimetria da pena. Precedentes.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgInt no REsp 1701707/AL, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018)

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. SÚMULA 545/STJ. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *7. Quanto à valoração negativa do comportamento da vítima, tal circunstância judicial, que é ligada à vitimologia, deve ser necessariamente considerada como neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Decerto, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, o comportamento da vítima deve ser considerado como circunstância neutra.*
>
> *[...]*
>
> *9. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo da Execução proceda à nova dosimetria da pena, devendo ser afastada a valoração negativa do vetor "comportamento da vítima", bem como ser reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea.* (HC 449.745/MA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 15/08/2018)

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VETORIAL NEUTRA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL REPUTADA FAVORÁVEL.*
>
> *1. Este Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o comportamento neutro da vítima não pode ser considerado como desfavorável ao réu na dosimetria da pena (HC 299.548/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 29/10/2015).*
>
> *2. Agravo desprovido.* (AgInt no REsp 1672642/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018)

Dessa forma, deve ser excluído da pena-base o desvalor do comportamento da vítima.

Passo à dosimetria da pena, mantidos os critérios estabelecidos pela Corte de origem.

Na primeira fase, em razão do desvalor da culpabilidade e das consequências do crime, majoro a pena-base em 1/3, o que resulta em 8 anos de reclusão. Na segunda fase, havendo a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, elas devem ser compensadas, ficando a pena em 8 anos de reclusão, que torno definitiva em razão da ausência de causas de aumento e diminuição.

Por fim, quanto ao regime de cumprimento de pena, embora o acusado tenha sido condenado à pena privativa de liberdade de 8 (oito) anos, além de reincidente, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não lhe foram consideradas favoráveis (consequências e culpabilidade), motivo pelo qual é inviável a fixação de regime diverso do fechado para o resgate da sanção corporal. Precedentes: AgRg no HC 460.867/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 13/11/2018; AgRg no REsp 1743432/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 11/10/2018; HC 443.828/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018; HC 423.685/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 23/03/2018.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", parte final, do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar provimento parcial** ao recurso especial, para afastar o desvalor do comportamento da vítima da pena-base, redimensionando a pena definitiva do acusado para 8 anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, mantidos os demais critérios estabelecidos na origem.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator