AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.270 - MT (2018/0338583-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	JEFFERSON FERNANDES ALVES (PRESO)
ADVOGADO	:	LAURO GONÇALO DA COSTA - MT015304
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por JEFFERSON FERNANDES ALVES contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que inadmitiu seu recurso especial.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado à pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 157, § 3º (parte final), c/c o artigo 14, inciso II, e artigo 70, todos do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte Estadual, a qual negou provimento à irresignação, mantendo os termos da sentença condenatória.

Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados pelo Tribunal de origem.

Interposto recurso especial com fulcro no art. 105 da Constituição Federal, este não foi admitido pela instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual o recorrente sustenta que o óbice indicado na decisão objurgada não incidiria na hipótese dos autos.

Requer, ao final, o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o Recurso Especial.

O Ministério Público Federal, às fls. 397-398, opinou pelo conhecimento do agravo para o desprovimento do apelo nobre.

É o relatório.

No Recurso a parte aduz violação aos artigos 157, § 3º, e artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, requerendo a fixação do *quantum* de diminuição da pena pela tentativa no patamar máximo.

Com efeito, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ, fls. 298):

> *"In casu, o reconhecimento da tentativa redundou no decote da pena pela metade. A defesa almeja a elevação desse quantum à fração máxima autorizada pelo inciso 11 do art. 14 do CP, qual seja, 2/3, ao argumento de que a conduta praticada pelo apelante não se aproximou da consumação.*
> *Certo é que o grau de redução da pena, em virtude de o crime não ter se consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente, depende da aferição do iter crimines efetivamente percorrido.*
> ***Na espécie, entendo que o Juízo a quo caminhou bem ao reduzir a pena em metade, uma vez que o. recorrente adentrou o estabelecimento profissional da vítima,***

> ***subtraiu bens e valores de Fernando e Mayara, e, logo em seguida, ao tentar empreender fuga, efetuou um disparo de arma de fogo a curtíssima distância contra o ofendido, com nítido propósito de matá-lo, e ainda efetuou um segundo disparo no momento em que ambos se engalfinharam no chão, tentando a todo custo assegurar a consumação do crime.***
> *O fato de a vítima miraculosamente não ter sido alvejada não é suficiente para autorizar a aplicação de fração superior de redução de pena, uma vez que, à distância em que efetuados os disparos, o apelante poderia ter facilmente atingido um órgão vital, hipótese em que provavelmente nem se estaria a cogitar de tentativa."*

Da leitura do excerto transcrito, constata-se que o aresto impugnado converge ao entendimento assente por este Tribunal Superior sobre o assunto, no sentido de que a fixação do *quantum* de diminuição da pena pela tentativa deve observar o *inter criminis* percorrido pelo agente para a consumação do delito.

A propósito:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. LATROCÍNIO TENTADO. ROUBO MAJORADO. DISPARO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO NO CRIME DE ROUBO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. VIOLAÇÃO À SÚMULA N. 443/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. FRAÇÃO DE AUMENTO DESPROPORCIONAL. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA DE LATROCÍNIO. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[...]*
> *III - Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, vale dizer, a majoração tem, aí, como referencial, o número de infrações. Assim, praticadas três infrações penais, deve o aumento, em decorrência da continuidade delitiva, ser de 1/5 (um quinto), e não de 1/3, como fez o e. Tribunal a quo, quando do julgamento da apelação. Precedentes.*
> *IV - **A diminuição da pena pela tentativa deve considerar o iter criminis percorrido pelo agente para a consumação do delito. In casu, inexiste constrangimento ilegal a ser sanado, pois o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte, que considera idôneo, no tocante ao quantum de redução pela tentativa, o critério do iter criminis percorrido, uma vez que: "vários foram os disparos efetuados pelo apelante, o que autoriza a conclusão de que o iter criminis foi quase que completamente percorrido."** Precedentes.*
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para*

> *estabelecer a pena, somente em relação ao crime de roubo majorado, no patamar de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*
> *(HC 451.045/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018)"*
>
> *CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MODUS OPERANDI. VIOLÊNCIA CONCRETA QUE EXCEDE ÀQUELA PRÓPRIA AO CRIME. ART. 14, II, DO CP. REDUÇÃO DA REPRIMENDA EM 1/2. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. […]*
> *3. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, jurisprudência desta Corte reconhece* ***o critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado****: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição. […]*
> *(HC 376.714/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)"*

Outrossim, o Tribunal ordinário, considerando as circunstâncias concretas no cometimento do delito em exame, entendeu que, em razão do *iter criminis* percorrido pelo recorrente, a redução de 1/2 (metade) seria a mais adequada ao caso, e desconstituir tal conclusão, por suposta contrariedade à lei federal, demandaria o revolvimento sob o acervo fático-probatório coligido aos autos, providência não admitida na via do recurso especial, conforme disposição do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Nesse sentido:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO NA FORMA TENTADA. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) DE AUMENTO POR CADA VETOR JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REVISÃO DA FRAÇÃO APLICADA PELA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.*
> *1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada 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.*
> *2. No caso, o acórdão recorrido se firmou em fundamentos suficientes e idôneos para exasperar a pena-base, valorando*

negativamente a culpabilidade e as circunstâncias do delito. Com efeito, a Corte estadual apontou elementos concretos aptos a justificar a exasperação da pena-base em razão dessas circunstâncias judiciais, sobretudo diante do alto desvalor de sua conduta e de uma maior gravidade, pois "a vítima foi atingida por, pelo menos, três golpes de arma branca (faca), o que, à evidência, gera maior repulsa, ficando, segundo o laudo de exame de corpo de delitos, com lesões em diversas regiões do corpo (paraesternal direita, axilar média, região espondiléia, lombar alta direita, ombro esquerdo, joelho direito e região torácica lateral direita), gerando-lhe franco risco de morte, em razão de um pneumotórax, com necessidade de drenagem torácica, por conta da perda da função pulmonar, chegando, inclusive, a ficar sete dias hospitalizada" (e-STJ fl. 175), e, "para ter acesso ao interior da residência da vítima, o réu teve que escalar um muro, segundo laudo técnico pericial, de 2,30m de altura, o que, por si só, já demonstra um esforço incomum, além de arrombar a porta principal da residência. Além disso, os fatos ocorreram por volta das 5h00 da manhã, ou seja, ainda de madrugada, sendo o ofendido colhido enquanto ainda estava deitado na cama, fato que, sem dúvidas, reduziu consideravelmente sua capacidade defensiva" (e-STJ fl. 176).

3. No tocante à alegação de que "o Douto magistrado de piso utilizou-se do critério matemático no momento da fixação da pena-base do recorrente" (e-STJ fl. 203), verifica-se que essa tese não foi discutida pelo acórdão recorrido, inexistindo o requisito do prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF.

4. Outrossim, anote-se que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firmada no sentido de que é proporcional a fração de 1/6 (um sexto) para cada vetorial negativa considerada no cálculo da pena-base. Precedentes.

*5. **Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, "a avaliação do iter criminis percorrido pelo agravante, para que seja aplicado o grau máximo da fração pela tentativa, enseja o revolvimento de fatos e provas, vedado no recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ" (AgRg no REsp n. 1.480.639/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 13/6/2016).****

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1403710/TO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 13/03/2019)"

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ROUBO. RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. PLEITO DE AUMENTO DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DECORRENTE DA TENTATIVA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO.

REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DESPROPORCIONALIDADE NA MAJORAÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A análise dos pleitos da defesa de reconhecimento da participação

dolosamente distinta e de desclassificação da conduta do delito de latrocínio tentado para roubo tentado exigiria o necessário reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado no julgamento do recurso especial.
2. Não há falar em constrangimento ilegal em razão da fixação da pena-base 5 anos acima do mínimo legal, considerando-se que as penas para o delito de latrocínio variam de 20 a 30 anos de reclusão (art. 157, § 3º, do CP), dada a gravidade em concreto do delito, tendo em vista notadamente a intensa troca de tiros no estabelecimento da agência bancária e a fuga em contramão, colidindo com veículo de terceiros.
*3. **O exame acerca da maior ou menor proximidade da consumação do crime, a fim de se analisar o patamar adequado de redução da pena pela tentativa, ensejaria o exame detalhado das provas dos autos, procedimento este vedado nesta instância extraordinária.Incidência da Súmula 7/STJ.***
4. Agravo regimental improvido.
(AgInt no REsp 1719886/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018)"

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LATROCÍNIO. TENTATIVA. ITER CRIMINIS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.
*- **Rever as premissas fáticas que conduziram a Corte de origem a concluir pelo expressivo transcurso do iter criminis, com reflexo no quantum da redução decorrente da tentativa, demandaria reexame probatório, procedimento inviável na via estreita do habeas corpus.***
- Não havendo redimensionamento da pena, não há se falar em fixação de regime menos gravoso, tendo em vista o quantum da reprimenda superior a 8 anos de reclusão - Habeas corpus não conhecido.
(HC 363.276/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016)"

Por tais razões, afigurando-se inadmissível o apelo nobre, **conheço do agravo para não conhecer do Recurso Especial**, nos termos do artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea "a", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator