AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.303.040 - MS (2018/0131652-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	PAULO SERGIO DA SILVA MORALES
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo de PAULO SERGIO DA SILVA MORALES contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal – CF, em face de acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – TJMS.

Consta dos autos que o agravante foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, II, IV e VI, § 2º-A, I, § 7º, III, na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal – CP, à pena de 19 anos, 4 meses e 8 dias de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 471/473).

A defesa interpôs recurso de apelação que foi desprovido. O acórdão ficou assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO - ART. 121, § 2°, II, IV E VI, §§ 2°-A E 7º, III C/C ART. 14, II, DO CP - PENA-BASE - CULPABILIDADE BEM SOPESADA - MANTIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA - ITER CRIMINIS PERCORRIDO PATAMAR MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *I - O princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada uma das circunstâncias judiciais seja analisada à luz de elementos concretos, extraídos da prova dos autos, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal, evitando-se assim a vedada duplicidade.*
>
> *II - O Código Penal não estabelece contornos matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da reprimenda, deixando a dosimetria atrelada à discricionariedade do juiz, que para tanto deve guiar-se pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.*
>
> *III - Mostra-se válido o aumento na primeira fase da dosimetria em razão da valoração negativa da culpabilidade, tendo em vista que o homicídio tentado foi cometido com cinco facadas, circunstância que demonstra alto grau de intensidade do dolo na prática*

do crime.

IV - Sc o agente percorreu integralmente o iter criminis, todavia, a vítima não veio a óbito por circunstâncias alheias a sua vontade, não há como aplicar o patamar máximo de diminuição pela minorante prevista no art. 14, II, do Código Penal.

V - Recurso desprovido. De acordo com o parecer (fl. 533).

Em sede de recurso especial, a defesa alegou violação ao artigo 59 do CP, porque o Tribunal de origem manteve a exasperação da pena-base considerando desfavorável a culpabilidade, sem fundamentação idônea. Entende que o número de facadas foi inerente ao tipo penal.

A defesa também argumentou por violação ao art. 59 do CP, ante a exasperação em 4 anos da pena-base ser desproporcional, considerando apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis: culpabilidade e maus antecedentes.

Em seguida, a defesa sustentou violação ao art. 14, II, do CP, pois a justificativa para adoção da menor fração para reduzir a pena em razão da tentativa foi a quantidade de facadas. Entende que houve bis in idem, ante tal fato já ter sido valorado na primeira fase da dosimetria.

Requereu a pena-base no mínimo legal com redução máxima de pena pela tentativa.

Contrarrazões (fls. 570/579).

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista o óbice do revolvimento fático-probatório, conforme Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ (fls. 581/584).

Em agravo em recurso especial, a defesa refuta o referido óbice (fls. 592/603).

Contraminuta (fls. 608/609).

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo conhecimento do agravo em recurso especial, com negativa de seguimento ao recurso especial (fls. 627/634).

É o relatório. Decido.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do recurso especial.

Sobre a violação ao art. 59 do CP, o Tribunal de origem manteve a

exasperação da pena-base, nos seguintes termos:

> *Da pena-base.*
>
> *Inicialmente, o recurso pretende a redução da pena-base ao mínimo legal, sob o fundamento de que o aumento foi fundamentado em circunstância inerente ao crime.*
>
> *Com efeito, diferentemente do que sustentou o recurso, a sentença considerou negativa duas circunstâncias judiciais: culpabilidade e antecedentes, pelas quais fixou a pena-base em 16 (dezesseis) anos de reclusão, ou seja, em 04 (quatro) anos acima do mínimo.*
>
> *Quanto à culpabilidade, tal circunstância diz respeito à censurabilidade da conduta, ao grau de reprovabilidade social da ação, e se o agente tinha condições de agir de outra forma. Sobre tal moduladora, esclarece Ricardo Augusto Schmitt que:*
>
> *[...]*
>
> *Segundo se observa da decisão objurgada, a culpabilidade do recorrente foi considerada negativa ao seguinte fundamento: "(...) considero que a culpabilidade superou a normalidade, pois o acusado desferiu 5 facadas na vítima (/ls. 63/65), sendo uma delas pelas costas".*
>
> *O caderno processual demonstra que o apelante desferiu pelo menos 05 (cinco) golpes de faca na vítima (laudo de f. 63/65), circunstância que demonstra alto grau de intensidade do dolo na prática do crime.*
>
> *A reiteração de golpes é circunstância apta a negativar a culpabilidade como já restou decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:*
>
> *[...]*
>
> *De tal forma, é desfavorável a moduladora da culpabilidade.*
>
> *No que se refere aos antecedentes, não houve insurgência quanto a esse vetor, o qual foi regularmente negativado em razão da presença de condenação anterior com trânsito em julgado apta à sua configuração (f. 394).*
>
> *Diante disso, mantenho negativas ambas as circunstâncias e assim, a pena-base, resta mantida em 16 (dezesseis) anos de reclusão (fls. 535/538).*

De início, assinalo que a dosimetria da pena somente pode ser revista em casos excepcionais de flagrante equívoco, porquanto deve ser respeitada a discricionariedade vinculada do julgador na análise dos fatos. Nesse sentido, cito precedentes:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS*

CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE EM ÂMBITO DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

[...]

2. 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.

[...]

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 864.464/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 30/05/2017).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO (CP, ART. 304 C/C 297). VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO.

[...]

3. 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.

[...]

5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1538351/SE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/05/2017).

Para ser idônea a exasperação da pena-base, as instâncias ordinárias devem justificá-la com elementos concretos, não inerentes ao tipo penal, que demonstrem a maior reprovabilidade da conduta. Cito precedente:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU SOLTO. DESNECESSIDADE. FRAUDE CONTRA A RECEITA FEDERAL. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. VALOR DO DIA-MULTA. CONDIÇÃO SOCIOECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVA.

[...]

2. A fixação da pena-base deve contar com

fundamentação concreta, idônea e individualizada, nos termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, não bastando, para tanto, meras referências a termos genéricos como 'culpabilidade intensa' ou a 'exigibilidade de conduta diversa', 'lucro fácil', 'causando prejuízo à vítima', quando tais circunstâncias constituem elementares do próprio tipo penal.

[...]

6. Recurso parcialmente provido (REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 25/06/2015).

No caso dos autos, a exasperação da pena-base decorrente do desvalor da culpabilidade ficou justificada pela quantidade de facadas no cometimento do delito. Trata-se de justificativa concreta e idônea, conforme precedentes desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE EXCESSIVA DE GOLPES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. PRIVILÉGIO. QUANTUM PROPORCIONAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte de que a quantidade excessiva de golpes de faca desferidos contra a vítima é fundamento idôneo para a valoração negativa da circunstância relativa à culpabilidade, por indicar a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada.

[...]

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1084313/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 04/04/2019).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI. DISCUSSÃO ANTERIOR. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CULPABILIDADE. ELEVADO NÚMERO DE FACADAS. EXCESSO NA EXECUÇÃO.

[...]

5. As instâncias ordinárias não utilizaram de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base, no tocante à culpabilidade, uma vez que o acusado desferiu grande quantidade de golpes de faca na vítima, o que justifica a valoração negativa dessa circunstância, motivo pelo qual pode ser sopesada, pois aponta para

maior reprovabilidade da conduta.

6. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 968.444/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 23/09/2016).

Por seu turno, a exasperação da pena-base em 4 anos de reclusão, consideradas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis e a pena mínima e máxima abstratamente cominada para o delito entre 12 e 30 anos, não se mostra desproporcional. Acrescente-se que não há um critério matemático para o montante de exasperação, devendo ser prestigiado o montante adotado pelas instâncias ordinárias. Cito precedente:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO PROPORCIONAL. PRIMEIRO PACIENTE. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUPERAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS E INERENTES AO TIPO. SEGUNDO PACIENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS DENEGADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO AO PRIMEIRO PACIENTE.

1. Por ocasião da análise das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, o órgão jurisdicional tem o dever de motivar, com lastro em elementos concretos dos autos, eventual elevação da pena-base.

2. A sanção abstratamente cominada ao crime de homicídio qualificado é de 12 a 30 anos de reclusão. O intervalo entre a pena mínima e a máxima é de 18 anos. No caso, a elevação da pena em 3 anos acima do mínimo legal - para cada vetorial do art. 59 do Código Penal sopesada em desfavor dos ora pacientes - não se mostra desproporcional ou desarrazoada.

[...]

4. Ordem denegada. Habeas corpus concedido de ofício para reduzir a pena do primeiro paciente (HC 490.969/AC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 02/04/2019).

Sobre a violação ao art. 14, II, do CP, o Tribunal de origem manteve a fração de 1/3 com base no *iter criminis.* Cito o trecho:

In casu, segundo o laudo de exame de corpo de delito de f. 63/65, o apelante feriu a vítima com cinco facadas com ferimentos no antebraço esquerdo, mão esquerda (duas), região escapular direita, região mamaria direita, sendo estas últimas regiões letais. Assim, o resultado morte só não se consumou em razão de a vítima ter recebido, logo após os fatos, pronto atendimento medico e, ainda, segundo relato

contido no auto de prisão em flagrante, intervenção de populares que estavam jogando bola em um campo de futebol defronte a residência (f. 9).

Vê-se, portanto, que o iter criminis foi integralmente percorrido, e o resultado morte não ocorreu por fatores extermos à vontade do apelante, de forma que o o patamar eleito pela sentença, de 1/3 (um terço), merece ser mantido (fl. 540).

De fato, para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Confiram-se, nesse sentido, os precedentes desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JÚRI, TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. LEGITIMIDADE PARA ARROLAR TESTEMUNHA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS E QUANTUM DE DIMINUIÇÃO PELO RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

5. Analisar o iter criminis percorrido pelo agravante, para que seja aplicado o grau máximo da fração pela tentativa, enseja o revolvimento do material fático-probatório vedado na via do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

6. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 988.640/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/08/2017).

PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. REDUÇÃO NO PATAMAR DE 1/2 (MEIO). TESE NÃO DEFENDIDA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO.

1. O exame do iter criminis percorrido para o fim de se determinar o percentual de redução relativo à tentativa, em sede de recurso especial, implica a necessidade de se adentrar ao reexame do acervo-fático probatório dos autos, vedado por força do Enunciado Sumular de n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

[...]

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp

136.759/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 29/05/2014).

Diante do exposto, admito o agravo em recurso especial e, com fundamento na Súmula 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator