AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.465.471 - MS (2019/0073288-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE	:	IVO FARIAS QUINTANA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO SIMPLES PRIVILEGIADO E LESÃO CORPORAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA PRIVILEGIADA QUANTO AO SEGUNDO DELITO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado por **IVO FARIAS QUINTANA** em face da decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o juízo singular condenou o agravante como incurso nas sanções dos arts. 121, **caput** e § 1º, c/c art. 14, inc, II, ambos do Código Penal e art. 129, § 1º, do CP, em concurso material, na forma do art. 69 do CP, à pena de **11 (onze) anos e 2 (dois) meses de reclusão**, em regime **fechado** (fls. 203-216).

O eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo da defesa, para redimensionar a pena para **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão** mantendo, no mais, a sentença condenatória.

O v. acórdão foi ementado nos seguintes termos (fls. 318-319):

"APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL GRAVE - PENA-BASE -

REDUÇÃO - CONFISSÃO QUALIFICADA - ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA - ATENUANTE OBRIGATÓRIA TENTATIVA APLICAÇÃO DE MAIOR PATAMAR DE REDUÇÃO - NÃO ACOLHIMENTO - FRAÇÃO MÍNIMA APROPRIADA - ITER CRIMINIS PERCORRIDO PRATICAMENTE EM SUA INTEGRALIDADE - REDUÇÃO PREVISTA NO § Iº, DO ART. 121, DO CP - ANÁLISE DA RELEVÂNCIA DO VALOR MORAL E DA INTENSIDADE DA INJUSTA AGRESSÃO PATAMAR ADEQUADO AO CASO - NÃO INCIDÊNCIA DA PREVILEGIADORA (§ 4º DO ART. 129 DO CP) AO CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVE - REGIME FECHADO MANTIDO - PARCIAL PROVIMENTO.

I. Penas-bases reduzidas ante o afastamento da circunstância judicial referente aos motivos do crime, em relação ao crime de homicídio, bem como do quantum de aumento, pois fixada de forma exacerbada.

II. A confissão, ainda que qualificada, em vista da alegação de legítima defesa, deve ser levada em conta na dosimetria. Precedentes do STJ.

III. Para estabelecer a fração de redução é preciso que seja adotado um critério relacionado à maior ou menor proximidade da consumação, ou seja, é necessário observar a distância percorrida do iter criminis. Assim, quanto maior a proximidade entre o fato e o resultado, menor deverá ser o patamar de redução de pena a ser aplicado. No caso dos autos, existiu risco de morte, conforme verifica-se no laudo de exame de corpo de delito, a lesão foi grave, sendo necessária, inclusive, intervenção cirúrgica. Portanto, os atos executórios foram todos praticados, estando o crime demasiadamente próximo de alcançar sua consumação, o que somente não ocorreu por circunstâncias alheias a sua vontade. Dado o iter criminis percorrido pelo apelante, inviável a consideração de patamar de redução superior ao mínimo.

IV. A fração da diminuição da pena, em razão do reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, do privilegio descrito no § Iº, do artigo 121, do Código Penal Brasileiro, é ato discricionário do juiz, que considera a relevância do motivo de valor moral ou social, a intensidade da emoção do agente e o grau da injusta provocação da vítima. No caso, o magistrado aplicou a fração de redução mínima (1/6), o que deve ser mantido, considerando as circunstâncias fáticas, tendo em vista que a ação do réu ocorreu depois de encerrada a discussão, momento em que, de acordo com o próprio recorrente, saiu do local em que estavam, se dirigiu ate sua casa a fim de buscar a arma de fogo e atirar contra as vítimas. Diante desse cenário, impõe-se a manutenção do patamar mínimo de redução da pena.

V. Incabível a aplicação da minorante do § 4º do art. 129, do CP, pois o recorrente não comprovou qualquer das situações que ensejariam a aplicação do referido privilégio. Embora o Conselho de Sentença tenha reconhecido a incidência da referida causa de diminuição, relativamente ao crime de homicídio, o magistrado não está adstrito a tal entendimento em relação ao crime de lesão corporal, podendo julgar de acordo com seu entendimento e convicções. A suposta provocação da vítima não guarda proporcionalidade com a reação violenta do réu, razão pela qual, não há como acolher o argumento defensivo.

VI. Tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como a reincidência do réu, mantenho o regime inicial fechado, por ser o mais adequado à reprovabilidade da conduta.

EM PARTE COM O PARECER - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, apenas para reduzir as penas-bases, bem como reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea a ambos os delitos, restando a pena final em 05 anos e 10 meses de reclusão"

Interposto **recurso especial**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, a defesa alegou ofensa: **a)** ao art. 129, § 4º, do Código Penal, ao argumento de que o recorrente faz **jus** ao reconhecimento do privilégio no delito de lesão corporal; e **b)** aos arts. 59 e 68, ambos do CP, porquanto não houve fundamentação idônea para a exasperação da pena base, em face da valoração negativa da personalidade e motivos do crime, esta exclusivamente referente ao delito de lesão corporal, bem como o comportamento das vítimas, que deve ser considerado favoravelmente ao acusado.

Defende a ocorrência de **bis in idem**, com a alegação de que *" analisando a folha de antecedentes (...), percebe-se claramente que há apenas 2 registros com trânsito de sentença condenatória, os quais já foram utilizados para negativar a circunstância judicial dos **antecedentes** e para configurar a **reincidência**, não podendo, portanto, ser utilizada novamente para negativar a pena-base à título de **personalidade**"* (fl. 347).

Aduz, quanto à circunstância dos motivos do crime para o delito

de lesão corporal, que *" se o soberano Conselho de Sentença entendeu que o recorrente estava tomado por violenta emoção, de modo que seu equilíbrio psíquico estava afetado, não pode o julgador valorar a motivação do crime como negativa* ***também para o delito de LESÃO CORPORAL,*** *tendo em vista que a ação foi a mesma, num mesmo momento, motivada igualmente, sob pena de afronta à soberania dos veredictos, bem como ao princípio da razoabilidade"* (fl. 349).

Alega, por fim, que embora a circunstância referente ao comportamento das vítimas ter sido negativado pelo julgador, a mesma não teve o condão de amenizar a pena imposta ao acusado, o que reforça ainda mais a necessidade de revisão da dosimetria da pena de forma proporcional e razoável consoante os elementos constantes do acórdão objurgado.

Defende que, uma vez que o conselho de sentença reconheceu que o acusado agiu sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provação das vítimas, deveria ser reconhecido a figura privilegiada para o delito de lesão corporal, como o foi para o de tentativa de homicídio privilegiado.

Pugna, em caso de acolhimento das principais teses, pela adequação do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 360-398), sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado na aplicação da Súmula 7/STJ, pois a análise do acórdão recorrido implicaria revolvimento de matéria fático-probatória.

Nas razões do agravo, postula-se o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários a sua admissão (fls. 415-436).

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **desprovimento** do agravo em recurso especial (fls. 474-478).

É o relatório.

Decido.

Tendo em vista os argumentos expendidos pela parte agravante para refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem, **conheço do agravo e passo a examinar o recurso especial**.

A primeira questão a ser analisada cinge-se na aplicação da figura privilegiada no caso do delito de lesão corporal. Aduz a defesa que o conselho de sentença reconheceu que o acusado agiu sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provação das vítimas, devendo ser reconhecida a figura privilegiada para o delito de lesão corporal, como o foi para o de tentativa de homicídio privilegiado. O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 326-327):

*"**Incidência da causa de diminuição prevista no art. 129, § 4º, do Código Penal.***

Em relação ao crime de lesão corporal, a defesa postula o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 129, § 4º, do Código Penal, argumentando que o recorrente praticou o crime sob o domínio de violenta emoção em virtude de injusta provação da vítima.

O magistrado não reconheceu a incidência da referida causa de diminuição, fundamentando:

> *"(...) **Ademais, sobre a conduta em analise, a respeito da qual as decisões emanadas do E. Conselho de Sentença não repercutem de maneira a orientar o julgamento e as convicções deste magistrado - só o fazendo em relação à desclassificação propriamente dita da conduta -, entendo que não há falar em domínio de violenta emoção por parte do agente, pois o ato por ele praticado de atirar contra a vítima ocorreu depois de encerrada a discussão, já que, de acordo com o próprio interrogatório, o Réu saiu do bar, foi à sua casa e de lá voltou para, movido por um inegável sentimento de vingança e revanchismo, derramar toda sua fúria contra a vítima**. (...) " (p. 212-213)*

Nesse ponto, a sentença deve ser mantida incólume.

Para que haja o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 129, § 4°, do Código Penal, é imperioso que o agente atue impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

"A última figura compreendida na redação do dispositivo supra cinge-se à lesão corporal praticada sob o domínio de violenta emoção

resultante da injusta provocação da vítima, tendo como requisitos indispensáveis: a existência de uma emoção absorvente, a provocação injusta por parte da vítima e a reação imediata." (MIRABETE, Júlio Fabrinni; FABRINNI, Renato N. Manual de Direito Penal: parte especial, v. 2. São Paulo: Atlas, 2011. p. 32).

Na hipótese, como bem fundamentou o sentenciante, a discussão - decorrente de uma dívida de jogo ou, na versão da vítima José Almir, por causa de gracejos dirigidos à mulher de Emiliano -, já estava encerrada, quando o apelante saiu do bar, foi à sua casa e de lá voltou com uma arma de fogo e disparou contra as vítimas.

Aquele que age friamente não pode se valer de tal privilégio, visto que premeditou o resultado.

Embora o Conselho de Sentença tenha reconhecido a incidência da referida causa de diminuição, relativamente ao crime de homicídio, o magistrado não está adstrito a tal entendimento em relação ao crime de lesão corporal, podendo julgar de acordo com seu entendimento e convicções.

A suposta provocação da vítima não guarda proporcionalidade com a reação violenta do réu, razão pela qual, não há como acolher o argumento defensivo.

Assim, não preenchidos os requisitos legais à caracterização do privilégio"

Da análise do excerto acima colacionado, verifico que o eg. Tribunal de origem declinou, de forma explícita, as razões – baseado nas provas carreadas aos autos - pelas quais concluiu pela não aplicação do privilégio quanto ao delito de lesão corporal praticado pelo ora agravante.

Ora, está assentado nesta Corte que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da **Súmula n. 7/STJ**, segundo a qual "*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal **a quo** e reconhecer a benesse em favor do recorrente, como pretende a defesa, demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância.

Ademais, ao contrário do alegado pela defesa, o reconhecimento da violenta emoção pelo Conselho de Sentença, com relação ao delito de homicídio, não vincula o magistrado quanto ao delito de sua competência

(lesão corporal), não havendo que se falar em violação ao princípio da soberania dos veredictos.

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DA DEFESA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. PROVA JUDICIAL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao sistema de valoração das provas, certo é que, no processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente.

2. No caso, impossível proclamar a absolvição do recorrente, pois a instância de origem, ao concluir pela autoria do recorrente no cometimento do delito em questão, sopesou as provas colhidas e os depoimentos obtidos em juízo.

3. Mais incursões na dosagem das provas constantes dos autos para concluir sobre a viabilidade ou não da condenação do recorrente é questão que esbarra na própria apreciação de possível inocência, matéria que não pode ser dirimida em recurso especial, a teor do enunciado na Súmula n. 7 do STJ, porquanto exige o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução probatória.

4. O Tribunal de origem indicou, nitidamente, os motivos de fato e de direito em que se fundou, para solucionar cada ponto tido como omisso pela defesa, a teor do art. 381, III, do CPP. Isso porque destacou, minuciosamente, todos os fatos narrados na denúncia, associados às demais provas dos autos, todas em harmonia com a palavra da vítima.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1709625/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe 27/3/2018)

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Incabível o exame da irresignação acerca da falta de dolo ou da insuficiência de provas, porquanto a reversão do julgado, para fins de absolvição, demandaria o reexame de

matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte, nos termos do enunciado de Súmula 7/STJ.

2. O pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça não comporta deferimento tendo em vista que a Lei n. 11.636/2007 disciplina em seu art. 7º, que não são devidas custas nos processos de habeas data, habeas corpus e recursos em habeas corpus, e nos demais processos criminais, salvo a ação penal privada (Edcl no RHC n. 56621/RS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, Dje 21/3/2016).

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1032750/GO, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 12/3/2018)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME PRATICADO POR PADRASTO. CONTINUIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. SUM. 7/STJ. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - Concluindo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, que o acusado praticou o crime previsto no art. 217-A do CP, chegar a entendimento diverso, absolvendo-o, implica revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

II - Igualmente, implica exame aprofundado de prova o afastamento da continuidade delitiva, mantida em segundo grau ao argumento de que "os fatos são graves, foram praticados por anos, dentro do próprio lar da vítima, pelo marido da mãe dela, gerando sequelas psicológicas seríssimas".

III - A valoração negativa da conduta social, por ter o acusado agredido fisicamente a convivente na presença da vítima, não guarda relação alguma com a agravante do art. 226, II, do CP - delito praticado por padrasto - não havendo que se falar em bis in idem.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 1067564/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 2/10/2017)

Quanto à alegada violação aos **arts. 59 e 68, ambos do CP**, aduz o recorrente a inidoneidade dos fundamentos utilizados pelo eg. Tribunal da origem para manter a exasperação da pena-base pelos delitos em que foi

condenado. Para melhor delimitação do tema a ser analisado, trago à colação excerto do v. acórdão reprochado, **in verbis** (fls. 321-323 e 327-329):

"Em razões recursais, às p. 223-248, o apelante pugnou pela redução da pena- base para o mínimo legal, com o afastamento das circunstâncias judiciais da personalidade, motivos e conseqüências do crime, bem como do quantum de aumento por cada uma das circunstâncias valoradas negativamente, argumentando que foi operada de forma exasperada; requereu o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a pena intermediária inclusive aquém do mínimo legal; em relação ao delito de homicídio, seja elevado o quantum de diminuição decorrente da causa de diminuição prevista no art. 14, II, parágrafo único do Código Penal, e da prevista no § Iº, do art. 121, do Código Penal, para o patamar máximo; em relação ao delito de lesão corporal, a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 129, § 4º, do Código Penal e, por fim, a alteração para o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto. Apresentou prequestionamento.

Penas-bases

Ao fixar as penas-bases, o sentenciante consignou:

"(...) A culpabilidade do Réu, ora condenado, não revela qualquer excepcionalidade capaz de agravar a pena. ***Ivo possui inúmeros antecedentes criminais, sendo certo que um deles, com o selo do trânsito em julgado, será utilizado para aqui reforçar a reprimenda.*** *Não há nos autos elementos para se aferir sua conduta social, razão pela qual esta circunstância deve ser considerada neutra.* ***Por outro lado, a existência de múltiplos feitos criminais em seu desfavor revela uma personalidade voltada à prática delitiva****. O que levou o acusado a praticar os delitos foi uma discussão com as vítimas, de acordo com o primeiro decorrente de uma dívida de jogo, e na versão da vítima José Almir por causa de supostos gracejos dirigidos à mulher de Emiliano por alguém que acompanhava o condenado por ocasião do fato.* ***Em qualquer das hipóteses, o motivo deve ser considerado negativo, e portanto, incidir na pena de molde a agravá-la****.* ***O comportamento das vítimas, de acordo com a decisão do corpo de jurados, motivou a ação do Réu. As circunstâncias do crime são indiferentes****. O mesmo, todavia, não pode ser dito em relação às* ***conseqüências****, já que, de acordo com a prova dos autos - laudos periciais de fls. 32-33 e 34-35 e depoimentos colhidos na fase de instrução -.* ***ambas as vítimas precisaram ser submetidas a cirurgia, e, em virtude dos ferimentos, ficaram incapacitadas para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias. Ainda em relação às conseqüências, impõe-se consignar que a vitima José Almir, consoante depoimento degravado às fls. 160-165, ficou "quase***

dois anos com o intestino de fora (sic)", "usando a bolsa de colostomia".

Assim, fixo a pena-base para o crime de homicídio simples em 13 (treze) anos de reclusão, e para o delito de tesão corporal grave em 3 (três) anos de reclusão."

O juízo a quo sopesou como negativos os antecedentes criminais, a personalidade, motivos e conseqüências do delito.

Quanto aos antecedentes criminais e personalidade, não há qualquer reparo a ser feito, pois possui extensa ficha criminal, segundo se comprova às p. 150-154, logo, configurados os maus antecedentes e a personalidade voltada à prática delitiva, em face da contumácia.

Do mesmo modo, os motivos e conseqüências do delito devem ser mantidas, pois devidamente fundamentadas, de maneira idônea a exasperar a pena.

Quanto aos motivos do crime, tenho que a defesa tem razão ao afirmar que é incompatível com o caso, tendo em vista que o Conselho de Sentença decidiu no sentido de que o réu agiu impelido sob o pálio da violenta emoção a ensejar a redução de pena prevista no § Iº, do artigo 121, do Código Penal, não possibilitando, portanto, um valor negativo quanto à referida circunstância judicial, somente em relação ao crime de homicídio; quanto ao delito de lesão corporal, entendo cabível a valoração negativa.

Ante o exposto, mantenho como desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais referentes aos antecedentes, personalidade e conseqüências do crime, afastando apenas os motivos do crime do crime de homicídio.

Em relação ao quantum de cada circunstância judicial negativa, tenho que a exasperação se deu de forma exacerbada.

Foram consideradas desfavoráveis as moduladoras antecedentes, personalidade, motivos e conseqüências do crime, exasperando a reprimenda base, quanto ao crime de homicídio, em 07 (sete) anos de reclusão, tendo em vista que o mínimo legal previsto para o tipo é de 06 anos e o sentenciante fixou-a em 13 (treze) anos de reclusão e, quanto à lesão corporal, em 02 (dois) anos acima do mínimo legal.

Não há um quantum definido para o aumento da pena por cada circunstância judicial, mormente porque a lei não impõe a observância de qualquer critério lógico ou matemático a ser seguido, devendo, contudo, haver o respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

De acordo com os ensinamentos de Ricardo Augusto Schmitt, vindo a incidir mais circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve o julgador, a partir da análise concreta do grau de reprovação de cada uma delas, ir dimensionando a pena-base, sempre com vistas a necessária proporcionalidade de seu quantum com a pena prevista em abstrato ao tipo.

Na hipótese, entendo que a exasperação confeccionada - sete anos -, não se mostra razoável, tampouco proporcional, às peculiaridades da hipótese. Assim, entendo que deve ser reduzido o montante aplicado na primeira fase da dosimetria.

A nova dosimetria será realizada posteriormente.

[...]

Readequação da pena

Tentativa de homicídio

Na primeira fase, fixo a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão.

Na segunda fase, embora o réu seja reincidente, o sentenciante não considerou tal agravante. Reconhecida, em sede de apelação, a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), restando provisoriamente em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na terceira fase, presentes as causas de diminuição de pena previstas nos artigos 14, II, parágrafo único, e 121, § 1°, ambos do Código Penal, mantidos os patamares fixados em primeiro grau (1/6 e 1/3), restando a reprimenda fixada em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

Lesão corporal grave

Na primeira fase, fixo a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), restando provisoriamente em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

Na terceira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição de pena, restando a pena definitiva pelo crime de lesão corporal em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

Concurso material

Tendo em vista a ocorrência de concurso material, resta fixada a pena total de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Regime

Tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como a reincidência do réu, mantenho o regime inicial fechado por ser o mais adequado à reprovabilidade da conduta"

Da análise do excerto supracitado verifico que, **quanto ao crime de homicídio simples privilegiado**, as circunstâncias judiciais referentes ao **antecedentes e consequências do crime** foram devidamente fundamentadas com base em parâmetros que estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

Com efeito, como bem asseverado pelo acórdão recorrido, *"**ambas as vítimas precisaram ser submetidas a cirurgia, e, em virtude dos ferimentos, ficaram incapacitadas para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias. Ainda em relação às conseqüências, impõe-se consignar que a vitima José Almir, consoante depoimento degravado às fls. 160-165, ficou***

"quase dois anos com o intestino de fora (sic)", "usando a bolsa de colostomia", o que constitui base empírica idônea para majoração da pena-base, da mesma forma que os antecedentes criminais, inclusive ensejadores da reincidência, que não foi utilizado na segunda fase para evitar a ocorrência de **bis in idem**.

Nesse contexto, a análise das **consequências do crime** envolve a verificação da intensidade da lesão causada pela conduta. Se anormal, além do que ordinariamente prevê o próprio tipo penal, essa circunstância judicial deve ser valorada negativamente.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE, CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *3.* ***O fato de não ter havido a restituição dos bens subtraídos não autoriza, por si só, a valoração desfavorável das consequências do crime.***
>
> *[...]*
>
> *5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 6 anos, 9 meses e 19 dias de reclusão e pagamento de 21 dias-multa"* (HC n. 287.449/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 12/3/2015, grifei).

> *"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA QUE CARACTERIZA CONCURSO FORMAL DE DELITOS.*
>
> *[...]*

3. O magistrado singular valorou negativamente a culpabilidade, a conduta social e as consequências do crime, utilizando-se de argumentos abstratos e inerentes ao próprio tipo penal, como por exemplo, quando se reporta ao dolo do acusado, a conduta que deixou a desejar e a não recuperação da res furtiva, em desarmonia, portanto, com o disposto no artigo 59 do Código Penal.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para reduzir a pena imposta a Marcos Rogério Buzete da Silva para 9 (nove) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, bem como a atribuída a André Luiz Lima do Amaral para 8 (oito) anos de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 185.744/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria,** DJe de 2/2/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES CONDENAÇÕES CRIMINAIS EXTINTAS OU CUMPRIDAS HÁ MAIS DE 5 ANOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ACUSADO QUE APENAS CONFESSOU A POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

2. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não sendo apta para atenuar a pena a mera admissão da propriedade para uso próprio.

3. Agravo regimental não provido."(AgRg no HC 476.872/MG, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 14/2/2019)

Contudo, tenho que melhor sorte assiste ao recorrente no que se refere à valoração da **personalidade** bem como do **comportamento da vítima**,

no que se refere ao delito de lesão corporal, na medida em que já foi beneficiado com o reconhecimento do privilégio em relação ao homicídio.

Em relação a este tema, faz-se necessário observar que a operação de dosimetria da pena está vinculada ao conjunto fático-probatório dos autos. Desse modo, a revisão do cálculo pelas instâncias superiores depende da constatação de ocorrência de ilegalidade flagrante, que justifique a revisão da pena imposta a partir da adequada valoração dos fatos e provas que delineiam as circunstâncias peculiares de cada caso concreto.

É preciso ter presente que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que *"a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada"* (HC n. 137.769/SP, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso,** julgado em 24/10/2016).

Na mesma linha, esta Corte tem assentado o entendimento de que a dosimetria da pena é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às particularidades de cada caso concreto. Desse modo, cabe às instâncias ordinárias, a partir da apreciação das circunstâncias objetivas e subjetivas de cada crime, estabelecer a reprimenda que melhor se amolda à situação, admitindo-se revisão nesta instância apenas quando for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que deverá haver reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

No caso dos autos, a **personalidade** deve ser decotada da dosimetria, que ainda deverá **considerar em favor do acusado o comportamento da vítima**, **exclusivamente com relação do delito de lesão corporal**.

Quanto à **personalidade** do réu, é lamentável que tal circunstância judicial ainda conste do rol do art. 59 do CP, pois se trata, na

verdade, de resquício do direito penal do autor. Dificilmente constam dos autos elementos baseados em critérios técnicos suficientes para que o julgador possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável.

Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do recorrente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (REsp n. 745.530/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 12/6/2006 e REsp n. 732.857/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 12/12/2005), tal qual na hipótese.

Confira a jurisprudência específica desta Corte de Justiça a respeito dessa circunstância judicial:

> *"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ORDINÁRIO E REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS PRATICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE RÉU E DEFENSOR. AUDIÊNCIA REALIZADA POR CARTA PRECATÓRIA. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. RÉU REPRESENTADO POR DEFENSOR NO ATO. REEXAME DE PROVA. NÃO-CABIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO INDEVIDA PELA CULPABILIDADE, ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE. MOTIVOS, CONSEQUÊNCIAS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA AFASTADA. DUAS MAJORANTES. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/2. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *5. Sem elementos concretos que efetivamente demonstrem anormal reprovação social da conduta, é afastado o trato negativo da culpabilidade.*
>
> *6. Mostra-se incabível valorar maus antecedentes com base em inquéritos e ações em andamento.*
>
> *7. A conduta social deve ser entendida como o comportamento do agente em seu meio social, familiar, ou profissional, nisso não interferindo a priori sua vivência delitiva.*
>
> *8.* ***A genérica e infundada alegação de personalidade delitiva não serve à exasperação da pena.***
>
> *[...]*
>
> *14. Habeas corpus não conhecido. Concedida a*

ordem, de ofício, para redução da pena imposta" (HC n. 31.218/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro,** DJe de 4/12/2014).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO DE MOTOCICLETA. LIGAÇÃO DIRETA EFETUADA NO VEÍCULO. DANO NO PAINEL E NO SISTEMA DE IGNIÇÃO. QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. NÃO-OCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO À PERSONALIDADE DO AGENTE E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DOSIMETRIA REFEITA. PENA-BASE REDUZIDA.

[...]

II. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

III. As consequências do crime só podem ser negativamente valoradas quando extrapolados os efeitos da conduta do resultado previsto no tipo penal.

*IV. **A personalidade negativamente considerada impõe existência de elementos concretos para sua efetiva valoração.***

Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 230.117/DF, **Quinta Turma,** de **minha relatoria,** DJe de 3/3/2015).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ART. 241 DO ECA. PENA-BASE. MOTIVOS, PERSONALIDADE E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. ILEGALIDADE NA MOTIVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PENA-BASE. PERSONALIDADE, MOTIVOS, CONSEQUÊNCIAS E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A revisão da dosimetria da pena no habeas corpus somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime

cometido.

2. Deve ser reconhecida a ilegalidade na individualização da pena, em relação à personalidade, pois o julgador não registrou traços pessoais negativos do comportamento do agente e apenas afirmou que o réu "mostrou distorcida, revelando uma lascívia repugnante", o que é elementar do tipo em comento.

3. Os motivos foram analisados de forma desfavorável com base em fundamentos inerentes ao tipo penal, já sopesados pelo legislador para cominar a pena em abstrato ao crime, pois registrou-se, tão somente, que o paciente praticou esse crime "por pura perversão sexual".

4. O fato de haver o acusado ludibriado as vítimas, aproveitando-se, inclusive, da sua hipossuficiência financeira e psicológica, configura justificativa suficiente para a majoração da pena, na primeira fase, em relação às circunstâncias do crime.

5. É ilegítima a manutenção do aumento da pena-base em relação à vetorial consequências quando apenas se faz suposição vaga acerca de eventual dano psicológico que poderão vir a sofrer as vítimas. No caso, não foi apontado nenhum dado concreto sobre distúrbio comportamental nem acerca de alteração na vida das ofendidas a partir do (gravíssimo) evento criminoso.

6. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou seja, ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição.

7. Esta Corte Superior entende que nas hipóteses de crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados com violência presumida não incide a regra da continuidade delitiva específica.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 18 anos, 11 meses e 5 dias de reclusão." (HC 211.327/PB, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe 2/3/2016, grifei)

Lado outro, tenho que a valoração negativa dos motivos do crime, com relação ao delito de lesão corporal, comporta compensação com a valoração positiva do comportamento da vítima, na medida em que foi responsável pelo abalo psíquico que resultou no cometimento do delito pelo recorrente pois, como observado pelo acórdão recorrido, decorreu em face

"[d]a discussão - decorrente de uma dívida de jogo ou, na versão da vítima José Almir, por causa de gracejos dirigidos à mulher de Emiliano".

Assim, restam valoradas negativamente quanto aos delitos de homicídio simples e lesão corporal apenas as circunstâncias judiciais referentes aos **antecedentes** e **consequências do crime**, além da necessária valoração do comportamento da vítima em favor do recorrente quanto ao delito de homicídio, pelas quais aplico a fração de 1/6 para cada uma, por considerar razoável e proporcional, pelo que passo a fazer a dosimetria das penas.

Quanto ao delito de **homicídio simples**, cuja pena em abstrato é de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, fixo a pena base em **6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte)** dias de reclusão. Na segunda fase, mantenho a fração de 1/6 aplicada pelo acórdão recorrido quanto à atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena intermediária ao mínimo legal, qual seja, **6 (seis) anos de reclusão**, na forma da Súmula 231/STJ. Na terceira fase, mantenho as frações aplicadas em virtude da tentativa e privilégio (1/6 e 1/3), restando a pena corporal fixada de forma definitiva em **3 (três) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão**.

Quanto ao delito de **lesão corporal grave**, cuja pena em abstrato é de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, fixo a pena base em **1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão**. Na segunda fase, mantenho a fração de 1/6 aplicada pelo acórdão recorrido em virtude da confissão, perfazendo a pena intermediária de **1 (um) ano, 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão** que, na ausência de causas de aumento ou diminuição, **resta definitiva**.

Haja vista o concurso material entre os delitos, nos termos do acórdão recorrido, somo as penas que resultam no total de **4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 11 (onze) dias de reclusão**, mantido o regime **fechado**, dada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, além da reincidência, na forma do art. 33, § 2º, **b** c/c § 3º, do CP.

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a**

quo em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*."

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, **c**, do Regimento Interno do STJ, conheço do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento, nos termos da fundamentação retro.

P. e I.

Brasília, 12 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator