RECURSO ESPECIAL Nº 1.757.133 - PA (2018/0193551-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	BENEDITO EDIMAR ALVES DA SILVA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por BENEDITO EDIMAR ALVES DA SILVA com fundamento na alínea "a" do inc. III do art. 105 da Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ – TJPA.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática dos delitos tipificados no artigo 121, § 1º, na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal – CP, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial aberto (fl. 230).

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

> *APELAÇÃO - ARTIGO 121, § 1º C/C O ARTIGO 14, INCISO II DO CPB - ALEGA O RECORRENTE QUE A DECISÃO DOS JURADOS FOI CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS POR TER AGIDO EM LEGÍTIMA DEFESA - REDUÇÃO DA PENA*
>
> *Improcedente - A materialidade e a autoria delitiva restaram devidamente comprovadas pelo Laudo Pericial e elementos de prova colhidos - Tese da defesa rechaçada que não se revela contrária a prova dos autos, optando o Conselho de sentença por uma das teses debatidas em plenário, a que lhe pareceu mais consentânea com as provas constantes do processo - Jurisprudência colacionada*
>
> *- REDUÇÃO DA PENA - Quanto à dosimetria da pena, verifica-se que a pena-base foi fixada em 10 (dez) anos de reclusão, de um patamar que varia de 06 (seis) a 20 (vinte) anos, ou seja próxima ao mínimo legal, ante a existência de circunstancias judiciais desfavoráveis, culpabilidade, circunstancias e conseqüências e como é cediço a existência de apenas uma circunstância desfavorável já justifica a sua exasperação acima do mínimo legal, e a pena aplicada não se mostra exasperada,mostrando-se adequada e suficiente para a prevenção e reprovação do crime. Foi atenuada ainda a pena em 01 ano, pela confissão espontânea, e aplicada a diminuição da tentativa em 1/3 (um*

terço), resultando a pena em 06 (seis) anos e posteriormente aplicada a causa de diminuição da homicídio privilegiado, resultando a pena definitiva em (cinco) anos de reclusão.

RECURSO CONHECIDO EM IMPROVIDO, nos termos da fundamentação exposta no voto. UNANIMIDADE (fls. 283/284).

Em sede de recurso especial, a defesa alegou violação ao artigo 59 do CP, porque tanto a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime foram valoradas negativamente sem justificativa idônea.

Requereu a pena-base no mínimo legal.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 315/322.

O recurso especial foi admitido (fls. 324/327).

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo desprovimento do recurso especial (fls. 351/353).

É o relatório. Decido.

Sobre a violação ao art. 59 do CP, o Tribunal de origem manteve a pena-base, nos seguintes termos:

Quanto à dosimetria da pena, verifica-se que a pena-base foi fixada em 10 (dez) anos de reclusão, de um patamar que vai de 06 (seis) a 20 (vinte) anos, ou seja próxima ao mínimo legal, ante a existência de circunstancias judiciais desfavoráveis, culpabilidade, circunstancias e conseqüências e como é cediço a existência de apenas uma circunstância desfavorável já justifica a sua exasperação acima do mínimo legal, e a pena aplicada não se mostra exasperada, mostrando-se adequada e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Ademais, a Súmula 23 deste Egrégio Tribunal preceitua: "A aplicação dos vetores do artigo 59 do CPB obedece a critérios quantitativos e qualitativos, de modo que, existindo a aferição negativa de qualquer deles, fundamenta-se a elevação da pena base acima do mínimo legal" (fl. 287).

Por seu turno, na sentença constou o seguinte:

Considerando os arts. 59 e 68 do CP, a CULPABILIDADE do réu é patente diante da decisão do Júri. Constato que o réu NÀO REGISTRA antecedentes criminais. É PRIMÁRIO,

conforme certidões nos autos. Sua CONDUTA SOCIAL entendo normal. Não há elementos nos autos que permitam aferir sua PERSONALIDADE. Os MOTIVOS do crime não foram esclarecidos, razão pela qual nada tenho a valorar. As CIRCUNSTÂNCIAS são desfavoráveis ao mesmo, diante da intensidade do dolo. As CONSEQÜÊNCIAS do crime foram graves já que a vítima correu perigo de vida cf. laudo e até hoje guarda cicatrizes do fatídico episódio. Entendo que o comportamento da vitima contribuiu para o crime (fl. 230).

De início, 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. No mesmo 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 defesa se insurge contra a exasperação da pena-base decorrente da culpabilidade, das circunstâncias do crime e das consequências do crime.

O incremento da pena-base pela culpabilidade e pelas circunstâncias do crime não foram justificados concretamente em elementos não inerentes ao tipo penal. Cito precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FUNDAMENTO EM ELEMENTARES DO TIPO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO*

CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias estabeleceram a pena-base acima do mínimo legal com referências vagas ao juízo de reprovação inerente à prática criminosa, sem a indicação de qualquer fato concreto que justifique consideração desfavorável das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, além das próprias elementares comuns ao tipo.

2. O fato de o crime ser cometido com arma de fogo alugada não traz, por si só, especial reprovabilidade à conduta do homicida, tampouco a ausência de arrependimento é circunstância que possa ser considerada em desfavor do condenado na fixação da reprimenda.

Igualmente, a fundamentação relativa ao dolo intenso do Paciente não permite a majoração da pena-base. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 466.730/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 02/04/2019).

Por seu turno, as consequências do crime tratam de cicatrizes que não são inerentes ao tipo penal, pois nem toda tentativa de homicídio é cruenta. Assim, para se afastar a idoneidade da justificativa concreta, seria necessário o revolvimento fático-probatório, vedado conforme Súmula 7/STJ. Cito precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MALFERIMENTO AOS ARTS. 24 E 29, IX, AMBOS DA LEI Nº 8.625/93. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. VIOLAÇÃO ao art. 619 DO CPP. NÃO INDICAÇÃO DE OMISSÃO NO ARESTO OBJURGADO. OFENSA AOS ARTS. 402 DO CPP, E 61 E 159, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 78 DO CPP. MATÉRIA JÁ ANALISADA E DECIDIDA NO RHC 19.758/SP. PLEITO PREJUDICADO. CONTRARIEDADE AO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TESE DE INÉPCIA DA INICIAL. PRECLUSÃO. PRECEDENTES. OFENSA AOS ARTS. 155, 239 E 386, VII, TODOS DO CPP, E 288 DO CP. ABSOLVIÇÃO. VILIPÊNDIO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA

JURISPRUDENCIAL. ARTS. 255/RISTJ E 1.029, § 1º, DO CPC/2015. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

5. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar ou desclassificar a imputação feita ao acusado, bem como a adequada pena-base a ser fixada ao réu, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de provas, conforme disciplina o enunciado 7 da Súmula desta Corte.

[...]

7. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1217373/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 11/05/2018).

Passo a refazer a dosimetria da pena, tomando como parâmetro a sentença.

Na primeira fase, considerando uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base em 7 anos e 4 meses de reclusão. Na segunda fase, reconhecida a atenuante da confissão, reduz-se a pena em 1 ano pela confissão espontânea para alcançar 6 anos e 4 meses de reclusão. Na terceira fase, ante a tentativa, diminui-se a pena em 1/3 para alcancar 4 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão. Ainda, ante a causa de diminuição do privilégio, aplica-se o *quantum* de 1/6, para alcançar 3 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão, pena que torno definitiva.

Diante do exposto, com fundamento na Súmula 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para fixar a pena definitiva em 3 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator