AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.502.120 - MG (2019/0141872-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	WALDEIR RIBEIRO SOARES
ADVOGADO	:	JOAO BRUNO DE SOUZA E OUTRO(S) - MG074572N

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 966):

> *EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - NÃO CONHECER DAS RAZÕES RECURSAIS DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO - RECURSO INTERPOSTO PELA ACUSAÇÃO - ART. 271 DO CPP - CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO - CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI - NÃO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO JULGAMENTO - ART. 593 CPP - QUALIFICADORA MANTIDA - MAJORAÇÃO DA PENA.*
>
> *- A assistência à acusação tem permissão para arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público apenas quando este deixar de fazê-lo no modo e tempo adequados.*
>
> *- Nos termos do art. 593, inc. III, "d", do Código de Processo Penal, apenas se constatada a manifesta contrariedade da decisão proferida pelos Jurados com as provas dos autos, será cabível o provimento do recurso de apelação que pleiteia a anulação da referida decisão, para que novo julgamento seja realizado pelo Tribunal do Júri.*
>
> *- Segundo a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça, a qualificadora só pode ser excluída pelo Tribunal do Júri quando os jurados não encontrarem qualquer respaldo nas provas dos autos.*
>
> *- Indevidamente analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal para a fixação da pena-base, mormente por serem desfavoráveis aos réus as circunstâncias do crime, a majoração da reprimenda é medida que se impõe.*

Opostos embargos de declaração pela acusação (e-STJ fls.

999/1004), estes foram rejeitados pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 1007/1012).

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 1019/1028), alega a parte recorrente violação dos artigos 59, 68 e 121, § 2º inciso I c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal.

Sustenta, em síntese, a desproporcionalidade da fração de exasperação aplicada no patamar de 1/4 (um quarto), porquanto reconhecidas, na primeira etapa da dosimetria da pena, 3 (três) circunstâncias judiciais negativas (maus antecedentes, circunstâncias e consequências do crime), *fazendo incidir o aumento em quantum não suficiente para punir e prevenir a prática criminosa* (e-STJ fl. 1024).

Pugna pela aplicação de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial negativamente valorada, *calculado sobre a diferença entre o mínimo e o máximo da reprimenda abstratamente convencionada pelo legislador* (e-STJ fls. 1024/1025).

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 1039/1046), o recurso foi inadmitido pela Corte *a quo* (e-STJ fls. 1048/1050), dando ensejo à interposição do agravo ora apreciado (e-STJ fls. 1054/1065).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pelo provimento da irresignação (e-STJ fls. 1085/1088).

É o relatório. **Decido**.

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

Passo, então, à análise do recurso especial.

Narra a exordial acusatória que, em 3 de março de 2013, o acusado tentou matar D. G. S., desferindo contra a vítima 5 (cinco) disparos da arma de fogo, calibre 32, marca "Taurus", não alcançando o resultado por circunstâncias alheias a sua vontade.

Consoante apurado pelas instâncias ordinárias, *a vítima estava no local dos fatos para entregar o filho aos cuidados da avó materna, como estabelecido em juízo, todavia, esta não se encontrava na residência. Ao esperá-la, chegaram a genitora do menor e Waldeir, seu atual marido, sendo que a genitora recebeu o menor e, antes que a vítima se retirasse do local, o denunciado se encaminhou em sua direção, sacando o revólver. A vitima, então, passou a correr, mas foi alvejada nas costas, por 5 (cinco) disparos, vindo a cair ao solo, onde foi agredida por chutes no rosto braços e costas, pelo denunciado. O ofendido foi imediatamente socorrido e recebeu tratamento eficiente para evitar o óbito. Apurou-se, ainda, que o denunciado, motivado por ciúmes, passou a dificultar ao máximo a aproximação da vítima com seu filho, tendo estes, na data de 20 de janeiro de 2013, se agredido mutuamente, inclusive* (e-STJ fls. 969/970).

O recorrido restou condenado pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, inciso I c/c art. 14, inciso II, ambos do CP, à pena definitivamente fixada em 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado (e-STJ fl. 974).

A irresignação ministerial está adstrita à primeira fase da dosimetria da pena, mais precisamente ao patamar de exasperação da pena-base relativo ao reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, de 3 (três) circunstâncias judiciais negativas. A esse respeito, o Juízo sentenciante consignou (e-STJ fl. 867):

> *[...]*
>
> *Em obediência à soberania dos veredictos do Júri, passo a dosar a pena, fazendo-o sob a luz do princípio da individualização inserto no artigo 5º, XLVI, da Constituição da República, seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 68, do Código Penal.*
>
> *Analisando o art.59 do CP, entendo que, quanto à culpabilidade, apesar de grave a conduta, a reprovabilidade não está aquém nem além do usual no crime cometido;* ***o réu possui maus antecedentes, conforme certidão de fl. 718/721, pois existe condenação definitiva por crime anterior não apta à configuração da reincidência****; não há dados que possibilitem a*

apuração da sua conduta social; não há elementos para valorar a personalidade do acusado; não foram apurados outros motivos além daqueles específicos ao tipo penal em análise; as circunstâncias do crime são habituais à espécie; ***as conseqüências do crime foram graves, vez que a vítima permanece com dois projéteis alojados em seu corpo;*** *o comportamento do ofendido não pode ser usado em desfavor do réu.*

Em face das circunstâncias judiciais acima analisadas, em parte favoráveis ao réu, fixo a PENA-BASE em 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Não há circunstâncias atenuantes e agravantes, razão pela qual fixo a PENA-PROVISÓRIA em 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Não existe causa especial ou geral de diminuição ou aumento de pena a ser considerada, pelo que a torno DEFINITIVA a pena do crime, se consumado, em 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Reduzo a pena em razão da tentativa, diminuindo-a em 1/3 (um terço), eis que o réu percorreu a quase totalidade do iter criminis ao realizar diversos disparos em direção à vitima, deixando-a gravemente ferida. Assim fixo a pena DEFINITIVA do crime de homicídio qualificado tentado em 09 (nove) anos de reclusão.

[...]. - grifei

O Tribunal *a quo*, por sua vez, no julgamento dos apelos defensivo e ministerial, deu parcial provimento a este último, redimensionando a pena do acusado, tendo assim se pronunciado para tanto (e-STJ fls. 973/974):

[...]

No tocante à reprimenda imposta ao réu, questionada em sede recursal pela acusação, destaca-se que a pena-base foi imposta ao primeiro recorrente em 13 (treze) anos de reclusão, pela análise desfavorável dos antecedentes (fl. 718/721) e das conseqüências do crime.

Razão parcial assiste à acusação nesse ponto.

A culpabilidade, no caso, entendida como a reprovabilidade da conduta não deve ser considerada desfavorável além dos limites do tipo penal praticado*, bem como inviável é o reconhecimento desfavorável da conduta social e da personalidade do réu, pela ausência de elementos probatórios.*

Contudo, em conjunto com as conseqüências do crime,

> ***consistentes no alojamento de balas no corpo da vítima, os maus antecedentes do agente, as circunstâncias do crime desfavorecem a fixação da pena, na primeira fase da dosimetria, pois disparados múltiplos tiros em desfavor da vítima, que foi ainda agredida após alvejada (fl. 193), razão pela qual majora-se a pena-base para 15 (quinze) anos de reclusão.***
>
> *Na segunda fase da dosimetria, mantém-se a pena provisória no mesmo patamar, ausentes agravantes e atenuantes, nos termos da r. sentença.*
>
> *Na terceira fase da dosimetria. ausentes causas de aumento de pena, confirma-se o reconhecimento da causa de diminuição da tentativa, no seu patamar mínimo, pelos fundamentos já claramente expostos em primeiro grau, consolidando-se a pena em 10 (dez) anos de reclusão.*
>
> *[...]. - grifei*

Assim, colhe-se dos autos que a Corte local manteve a valoração negativa das 2 (duas) circunstâncias judiciais reconhecidas pelo Juízo de primeiro grau (antecedentes e consequências do delito), e acrescentou como desfavoráveis as circunstâncias do crime (e-STJ fls. 973/974).

No que tange 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.

Ademais, *é importante consignar que a confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto* (STF – RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, PUBLIC 14-08-2012). No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que *"A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"* (AgRg no REsp n. 143071/AM, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015).

> *PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM AUDIÊNCIA. TERMO DE APELAÇÃO OU DE RENÚNCIA RECURSAL. DESNECESSIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *XI - As instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram sobretudo a grande quantidade de entorpecente apreendido com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, o que está de acordo com o entendimento desta Corte, repiso, mais de meio tonelada de maconha (695kg).*
>
> *XII - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, ressalto, por oportuno, "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e*

> *mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto." (AgRg no REsp 1433071/AM, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). Habeas corpus não conhecido.* (HC 445.299/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/6/2018, DJe 28/6/2018).

Na espécie, como se extrai dos autos, a exasperação da pena-base decorreu do desvalor atribuído às circunstâncias judiciais atinentes aos antecedentes (e-STJ fls. 834/836), às circunstâncias e às consequências do crime, uma vez que, consoante asseverado pelas instâncias ordinárias, o acusado disparou múltiplos tiros em contra a vítima, que ainda foi agredida com chutes mesmo depois de alvejada e caída no solo, além de ter ficado com balas alojadas no corpo (e-STJ fls. 973/974).

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.

No presente caso, a valoração negativa das moduladoras atinentes aos antecedentes, às circunstâncias e consequências do crime está amparada pela análise de elementos que desbordam dos limites naturais do crime de homicídio, tendo as instâncias ordinárias se utilizado de fundamentação idônea para imprimir uma maior reprovabilidade à conduta, que, com efeito, exigia um maior rigor penal.

No tocante à aduzida falta de proporcionalidade na

exasperação aplicada, colhe-se dos presentes autos que, no caso, a Corte local sopesou 3 (três) circunstâncias judiciais negativas (antecedentes, circunstâncias e consequências do crime), fixando a pena-base do delito tipificado pelo art. 121, § 2º, inciso I, do CP, em 15 (quinze) anos de reclusão (e-STJ fl. 374), isto é, apenas 3 (três) anos acima do mínimo legal, o que corresponde à exasperação na fração de 1/4 (um quarto), sem apresentar para tanto motivação concreta e idônea.

Com efeito, nesse aspecto, a orientação da instância ordinária encontra-se em desarmonia com jurisprudência desta Corte Superior.

A ausência de limites preestabelecidos pelo Código Penal para a exasperação da pena-base em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas é fator que confere ao magistrado – observado seu livre convencimento motivado – certa margem de escolha da fração mais adequada às peculiaridades do caso concreto.

Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada circunstância negativamente valorada, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, o aumento de 1/4 (um quarto), em razão de 3 (três) circunstâncias judiciais negativas, encontra-se inadequado.

Nessa linha, os seguintes julgados:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DESFAVORECIMENTO DA CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *- O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias*

judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada vetorial desfavorecida.

- O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal local, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu, vale dizer, que não seja elevada a sua reprimenda ou recrudescido o regime de cumprimento.

- Na hipótese, a pena-base foi exasperada, em 1/3 sobre o mínimo legal, com fundamento no desfavorecimento da culpabilidade do agente e das consequências do crime.

[...]

- *Habeas corpus não conhecido.* (HC 480.012/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/5/2019, DJe 23/5/2019).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMETIMENTO DE DELITO ENQUANTO CUMPRIA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL DA PENA-BASE. READEQUAÇÃO. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. Na hipótese, verifica-se que fundamentação é concreta e está de acordo com o entendimento desta Corte de Justiça, não incorrendo as instâncias ordinárias em indevido bis in idem, porquanto a justificativa do desvalor da conduta social não foi a existência de condenação pretérita utilizada para negativar os antecedentes, mas sim a prática de delito durante o gozo de um benefício da execução, qual seja, a prisão domiciliar. O

Tribunal estadual ressaltou que "o embargante praticou novo crime após a concessão do benefício, abusando assim, da confiança que lhe foi depositada pelo Judiciário". Precedentes.

4. "A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade" (HC 408.971/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2018).

In casu, considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de furto qualificado (2 a 8 anos de reclusão), verifico que o aumento da pena-base superior a 2/3, com base em duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, mostra-se desproporcional, sendo necessário reduzi-la, aplicando a fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa.

5. Embora a pena final não tenha ultrapassado 4 anos de reclusão, a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidente do réu, possibilitam a fixação do regime inicial fechado. Não incidência do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente para 3 anos e 2 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório. (HC 497.060/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 7/5/2019, DJe 20/5/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CRIME PRATICADO NO GOZO DA SAÍDA TEMPORÁRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PROPORCIONALIDADE.

1. A exasperação da pena-base pela existência de circunstâncias judiciais negativas deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetor desfavorável, em situações nas quais não há fundamentação específica que justifique a necessidade de elevação superior a esse patamar.

2. A prática do crime por réu enquanto usufruía de saída temporária demonstra desvio de caráter comportamental, o que justifica a exasperação da reprimenda básica. 3. A natureza e a quantidade não elevada da droga autorizam o incremento de 1/6

> *na primeira fase da dosimetria da pena.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1747410/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 4/4/2019, DJe 6/5/2019).

Revela-se, assim, procedente a irresignação ministerial, pois, como já frisado, deve-se aplicar a exasperação na fração de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial negativa, o que corresponde, na hipótese dos autos, à fixação da pena-base na fração de 1/2 (metade) acima do mínimo legal, porquanto atribuído desvalor a 3 (três) circunstâncias.

Desse modo, mantida a valoração negativa das circunstâncias judiciais atinentes aos antecedentes, às circunstâncias e às consequências do crime, exaspero a pena-base em 1/2 (metade), fixando-a em 18 (dezoito) anos de reclusão. Mantidos os demais critérios da condenação, fica a pena do acusado definitivamente fixada em **12 (doze) anos de reclusão.**

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, alínea "c", parte final, do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar parcial provimento** ao recurso especial, redimensionando a pena do recorrido WALDEIR RIBEIRO SOARES, pela prática do crimes disposto no art. 121, § 2º, inciso I, c/c art. 14, inciso II, ambos do CP, para 12 (doze) anos de reclusão, mantidos os demais critérios da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator