

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.477.205 - AL (2019/0098275-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : VAGNER PEREIRA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu o recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o agravante foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos, 9 meses e 02 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso nas sanções do art. 121, §§ 1º e 2º, inciso IV, do Código Penal (homicídio privilegiado pelo relevante valor moral e qualificado pelo recurso que dificultou a defesa da vítima, na forma tentada - fls. 288/291).

Interposta apelação, pela Defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para redimensionar a pena do ora agravante, estabelecida no patamar de 3 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto. Eis a ementa do julgado (fl. 373):

PENAL. PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR EMPREGO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITA A DEFESA DO OFENDIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. RELEVANTE VALOR MORAL. REFORMULAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA EM SINTONIA COM O ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DA PENA -BASE. CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA FIXADAS EM PATAMAR MÍNIMO SEM FUNDAMENTAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA PARA APLICAR A FRAÇÃO MAIS BENÉFICA PARA O RÉU. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

I - Circunstâncias judiciais reavaliadas em sintonia com os ditames do art. 59 do Código Penal. Consoante jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o comportamento da vítima não pode ser valorado em desfavor do réu.

II - Uma das causas de diminuição foi aplicada em patamar mínimo e outra em fração intermediária sem fundamentação concreta, prática que afronta a jurisprudência dos tribunais superiores. Assim, à míngua de fundamentação idônea, deve ser aplicado o valor mais benéfico ao réu (o menor aumento ou a maior redução).

Superior Tribunal de Justiça

III - Embora o réu tenha sido favorecido por equívocos na dosagem da pena que culminaram em reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, deve ser mantido o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, como o autoriza o art. 33, § 2º, CP. O crime foi de acentuada gravidade, pois o agente desejava executar o irmão do suposto assassino de seu sobrinho, com quem não tinha prévia inimizade, devendo-se considerar, ainda, que o réu responde a outros processos - crime.

IV - Apelação conhecida e parcialmente provida para redimensionar a pena.

Diante disso, a defesa interpôs recurso especial alegando violação ao art. 33, §§ 2º e 3º e ao art. 59, ambos do Código Penal - CP.

Sustenta que o Tribunal de origem manteve a valoração negativa das circunstâncias judiciais da *culpabilidade* e das *circunstâncias do crime* de tentativa de homicídio privilegiado, sem fundamentação idônea, com base em elementos inerentes ao próprio tipo penal.

Alega, ainda, ausência de fundamentação concreta para a fixação do regime prisional mais gravoso, que teria sido fixado em desconformidade com o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e com os Enunciados de n.s 718 e 719 da Súmula do STF.

Requer seja conhecido e provido o recurso especial para afastar a valoração negativa da culpabilidade e das circunstâncias do crime, com a redução da pena-base ao mínimo legal, e fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

Contrarrazões às fls. 406/408.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial em razão da necessidade de se reexaminar matéria fático probatória, incidindo o óbice do enunciado n. 7 da Súmula do STJ (fls. 410/414).

No presente agravo em recurso especial, a defesa impugnou o fundamento da decisão agravada (fls. 422/428).

Contraminuta às fls. 434/435.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 450/455).

É o relatório.

Decido.

Atendidos os requisitos de admissibilidade e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

Superior Tribunal de Justiça

Passo à análise do recurso especial.

O voto condutor assim se posicionou quanto à controvérsia, no que importa, *verbis* (fls. 378/381):

Contextualizado o evento delitivo, urge examinar a dosimetria da pena.

Na sentença, foram tomados em desfavor do réu os seguintes vetores: culpabilidade, conduta social e consequências do crime. Não é possível compreender se o comportamento da vítima foi levado à conta da pena-base ou não.

*Quanto à **culpabilidade** não há reparo a se operar na sentença, pois o crime foi premeditado e cometido em circunstâncias claramente evitáveis. Ora, o réu saiu armado e na companhia de outro sujeito à procura de Jefferson e, não o encontrando, deu vazão a intenso animus necandi atirando contra o irmão de seu alvo (inicial).*

*As **consequências do crime** também merecem carga negativa, na medida em que a vítima, embora tenha sobrevivido ao atentado, passou longo período em internamento hospitalar e sofre sequelas das lesões, prejudicando o exercício do seu ofício e ganho de seu sustento.*

Tem razão a defesa em relação à valoração da conduta social. Isso porque a acusação não produziu uma única prova de que o réu tivesse comportamento antissocial no seio familiar ou na comunidade em que morava. Foram ouvidas somente testemunhas de defesa, segundo as quais, apesar de usar drogas, o réu era pessoa de conduta normal.

Como assinala a Procuradoria-Geral de Justiça, quando a essa moduladora a sentença não aponta no que se baseia para consignar que a conduta social do réu é reprovável, deve tal circunstância ser considerada neutra.

Por fim, no que se refere ao comportamento da vítima, esta Câmara Criminal defendia entendimento diferente daquele tradicionalmente perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que essa moduladora pode receber carga positiva ou negativa, a depender do caso concreto. Todavia, mais recentemente, diante da invariável reforma dos julgados em sede de recurso especial e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, este colegiado curvou-se à jurisprudência já pacífica daquela Corte superior. Portanto, o comportamento da vítima não deve ser valorado em desfavor do réu.

*Assim, **conforme valoração negativa de duas circunstâncias judiciais em desfavor do réu, quais sejam, culpabilidade e consequências do crime, sendo a primeira de especial relevância no processo de dosimetria da reprimenda, a pena-base deve ser fixada no patamar de 17 (dezessete) anos de reclusão.***

Na segunda fase da dosimetria, foi reconhecida a confissão espontânea, a reduzir a pena em 1/6, do que resulta 14 anos e 02 meses de reclusão.

Superior Tribunal de Justiça

Na terceira e derradeira etapa, incidem as causas de diminuição do art. 121, § 1º, vulgarmente chamada de privilégio, e do art. 14, II, CP.

A primeira delas permite a redução da pena de 1/6 a 1/3 e a segunda, de 1/3 a 2/3. A sentença escolheu a fração de 1/5 e 1/3, respectivamente, sem qualquer justificativa, prática que afronta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado no enunciado 443 de sua Súmula e que, mutatis mutandis, aplica-se a quaisquer circunstâncias incidentes na terceira fase da dosimetria: O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

Diante dessa situação, ainda que se vislumbrem elementos nos autos a justificar a fração aplicada, não é dado ao Tribunal suprir a falta de fundamentação da sentença em recurso exclusivo da defesa.

[...]

*Disso decorre que, à míngua de fundamentação idônea, deve ser aplicado o valor mais benéfico ao réu (o menor aumento ou a **maior redução**).*

*Dessa maneira, a pena intermediária de 14 anos e 02 meses deve ser reduzida em 2/3 em função da causa de diminuição da parte geral do Código Penal (tentativa), resultando em 04 anos, 08 meses e 20 dias. Esse resultado sofre **nova redução de 1/3** em razão da causa de diminuição da parte especial do Código (art. 121, § 1º), passando a pena ao patamar de 03 anos, 01 mês e 23 dias de reclusão.*

Deve-se conservar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, haja vista que o crime foi de impressionante gravidade (eis que o réu agiu para executar o irmão do suposto assassino de seu sobrinho, com quem não tinha prévia inimizade), embora o réu tenha sido favorecido por equívocos na dosagem da pena que culminaram em uma reprimenda tão diminuta. Além disso, vale destacar que o apelante responde a uma outra ação penal de competência do júri (processo nº 0712281-20.2017.8.02.0001) e após ter obtido a liberdade provisória nestes autos foi flagrado por porte/posse de arma de fogo (processo nº 0715825-21.2014.8.02.0001).

Sobre a revisão da pena aplicada ao recorrente (suposta violação ao art. 59 do Código Penal), esta Corte tem entendido que a dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade, o que não se constata na hipótese.

É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Superior Tribunal de Justiça

Por outro lado, o ordenamento jurídico não estabelece um critério objetivo ou matemático para a dosimetria da pena, sendo admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que baseado em circunstâncias concretas do fato criminoso, de modo que a motivação do édito condenatório ofereça garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

No caso dos autos, entretanto, restou idoneamente fundamentada a valoração negativa da *culpabilidade*, uma vez que o Tribunal de origem, diante das peculiaridades do caso concreto, destacou que o crime foi premeditado e cometido em circunstâncias claramente evitáveis, uma vez que o réu saiu armado e na companhia de outro sujeito à procura de J. e, não o encontrando, deu vazão a intenso *animus necandi* atirando contra o irmão de seu alvo inicial, justificando a negatificação da circunstância judicial e a elevação da pena-base, não havendo, portanto, falar-se em carência de fundamentação do *decisum*.

Do mesmo modo, a negatificação das *consequências do crime* – tidas como desabonadoras sempre que o resultado da conduta mostrar-se mais danoso do que o próprio aos delitos de tal espécie – se deu de forma idônea, sobretudo considerando que a vítima, embora tenha sobrevivido ao atentado, passou longo período em internamento hospitalar e sofre sequelas das lesões, prejudicando o exercício do seu ofício e ganho de seu sustento.

Desse modo, não evidenciada nenhuma ilegalidade flagrante decorrente da dosimetria da pena, incide à espécie o enunciado n. 7 da Súmula/STJ.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem admitido, somente em hipóteses excepcionais, a utilização do recurso especial para o reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando for flagrante a ofensa à lei federal, situação incorrente na espécie.

2. No caso, a exasperação da pena-base em 5 (cinco) meses foi devidamente fundamentada em razão da valoração negativa das circunstâncias do delito - perpetrado em horário de funcionamento de agência da ECT, com a presença de várias pessoas.

Superior Tribunal de Justiça

3. A adoção de conclusão diversa do Tribunal a quo requer inevitável o revolvimento do arcabouço fático carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial, encontrando-se óbice na Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.563.626/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

Por fim, quanto à fixação do regime prisional (suposta violação ao art. 33 do Código Penal), da análise dos trechos acima transcritos, verifica-se que o entendimento do Tribunal a quo está alinhado à jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Ademais, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que *"tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agravante, ainda que a pena definitiva tenha sido fixada em quantum inferior a 4 anos de reclusão, autorizado está o recrudescimento do regime"* (AgRg no AREsp 1099114/PB, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 06/05/2019).

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (171,2 G DE MACONHA; 81,1 G DE COCAÍNA; E 22,1 G DE CRACK). VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE.

[...]

4. *Validada a negatização do referido vetor judicial e, conseqüentemente, estando a pena-base, de forma escoreita, disposta acima do mínimo legal, idônea a exasperação do regime prisional do agravante, notadamente com suporte no art. 33, § 3º, do Código Penal.*

5. *O art. 33, § 3º, do CP dispõe que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". Assim, conquanto a pena tenha sido fixada em 4 anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, tendo*

Superior Tribunal de Justiça

em vista o registro de circunstância judicial negativa (maus antecedentes) na primeira fase da dosimetria (AgRg no AREsp n. 684.527/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/6/2018).

6. Ainda que a quantidade de pena fixada recomende o arbitramento de regime prisional mais brando, o respectivo recrudesimento se mostra adequado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, se estabelecido com fundamento nas circunstâncias judiciais desfavoráveis extraídas dos autos (AgRg no AREsp n. 763.859/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 28/8/2017).

7. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1740030/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2018).

Ante exposto, conheço do agravo e com fundamento no Enunciado n. 568 da Súmula/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator