



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.508 - RS (2017/0057401-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : VILSON RODRIGUES PIRES JUNIOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO. NULIDADES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. DEBILIDADE PERMANENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ESCOLHA DA FRAÇÃO DA TENTATIVA. FUNDAMENTO IDÔNEO.

1. A anulação de ato processual depende da demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Repressivo, não logrando êxito a defesa na respectiva comprovação, apenas suscitando genericamente teses sem o devido suporte na concretude dos fatos, deve ser aplicado o princípio *pas de nullité sans grief*.

2. Em se tratando de crime tentado, não haverá *bis in idem* na consideração negativa do vetor consequências do delito a análise da real ofensa produzida ao bem jurídico tutelado. Assim, há coerência na majoração da pena de um delito de tentativa de homicídio que provocou na vítima lesões permanentes, isto porque, em se tratando de tentativa, a vítima poderia sair inclusive ileso.

3. No que diz respeito à escolha da fração redutora em razão da tentativa, essa deve ser feita de forma inversamente proporcional ao *iter criminis* percorrido.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 10 de outubro de 2017(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.508 - RS (2017/0057401-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : VILSON RODRIGUES PIRES JUNIOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto por **VILSON RODRIGUES PIRES JUNIOR**, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fls. 767/768):

APELAÇÃO CRIME. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES POSTERIORES À PRONÚNCIA. INEXISTÊNCIA.

1. A menção à ausência do acusado em plenário, apenas com o fito de esclarecer aos jurados a razão pela qual não foi submetido a reconhecimento pela vítima, não viola o disposto no artigo 478 do Código de Processo Penal, não ensejando nulidade a ser esclarecida.

2. Referência ao dolo eventual nos debates, que foi feita apenas para fins ilustrativos (diferenciou as espécies, dentro do gênero), sem inovação acusatória. Esclarecimento imediato do Juiz-presidente aos jurados no sentido de que a acusação imputava a prática do crime ao réu mediante dolo direto. Reiteração, por parte da acusação, de que defendia a tese de dolo direto. Ausência de quesitação de dolo eventual. Nulidade rejeitada.

DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA.

3. A decisão do Conselho de Sentença é soberana, merecendo reforma apenas se completamente desgarrada da prova dos autos. Somente quando a decisão do júri não encontrar amparo em nenhuma corrente probatória configura-se tal hipótese, o que não ocorreu na espécie. Materialidade e autoria dos delitos comprovadas. Vertente de prova contida nos autos aponta que o acusado, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, prestou apoio moral e incentivou seu comparsa na prática delitiva. Circunstâncias do caso concreto que autorizam o reconhecimento das qualificadoras. Verdicto do Conselho de Sentença amparado por prova produzida em juízo. Condenação mantida.

ERRO OU INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA. OCORRÊNCIA PARCIAL.

3. A dosimetria da pena, com vistas a sua individualização constitucionalmente garantida, deve observar as circunstâncias do caso concreto, determinando maior reprovação apenas quando os elementos do delito praticado pelo réu assim o indicarem. Hipótese dos autos em que a pena em foi fixada de modo proporcional, mediante a análise fundamentada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das vetoriais do artigo 59 do Código Penal. A atenuante da menoridade configura circunstância preponderante na forma do artigo 67 do Código Penal, não podendo ser compensada com a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "c", do Código Penal. Pena provisória reduzida ao mínimo legal. Redução pela tentativa, diante do perigo de morte constatado, mantida em 1/3. Pena definitiva reduzida para 08 anos e 04 meses de reclusão em regime inicial fechado.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O recorrente alega que o acórdão recorrido contrariou o artigo 478, II, do Código de Processo Penal ao argumento de que o acusado fez uso de seu direito de não comparecer em plenário de julgamento, no entanto, afirma que "a acusação, durante a sua fala, agindo em legítima má-fé, fez referência à ausência do acusado em seu prejuízo, utilizando-o como argumento para sustentar a condenação, o que se mostra inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro" (fl. 791).

Sustenta que houve desrespeito ao disposto no artigo 476 do Código de Processo Penal porque "ao denunciar o acusado sob a figura do dolo direto, a lide restou limitada por tal capitulação, a defesa orientou seu trabalho frente a esta acusação, não podendo estendê-la posteriormente, sem aditamento à denúncia, à possibilidade de dolo eventual, tendo em vista que tal inovação fere de forma direta o princípio da correlação entre acusação e veredito" (fl. 794).

Reclama a violação do artigo 59 do Código Penal ao fundamento de que "as consequências do crime foram consideradas como fatores negativos, elevando a pena mínima do delito de homicídio qualificado em 1 ano. Nítido é que tal aumento é excessivo e descabido para a exasperação da pena, ainda que se considere esta vetorial como desfavorável" (fl. 796).

Defende, também, que a "única circunstância judicial considerada como desfavorável foi a referente às consequências do crime" e que "a existência de ferimentos é resultado natural e lógico da tentativa de homicídio. Se não houvessem ferimentos, não haveria tentativa, se houvessem muitos ferimentos, talvez o próprio delito fosse consumado" (fl. 197).

Concluindo que "a pena-base não deve ser exasperada em função deste fundamento, uma vez que se incorpora ao próprio tipo penal em que é acusado" (fl. 198).

Por fim, assevera a negativa de vigência ao artigo 14, II, do Código Penal. Para tanto, aduz que "a leitura da denúncia denota que o fato descrito restou longe da possibilidade de consumação, o que enseja o reconhecimento da redução da pena no patamar máximo sem que tal providência importe no reexame do conjunto probatório" (fl. 799).

Requer, ao final, o provimento do recurso.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 806/814. O recurso foi admitido às fls. 820/824. Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do apelo especial (fls. 852/855).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.508 - RS (2017/0057401-8)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO. NULIDADES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. DEBILIDADE PERMANENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ESCOLHA DA FRAÇÃO DA TENTATIVA. FUNDAMENTO IDÔNEO.

1. A anulação de ato processual depende da demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Repressivo, não logrando êxito a defesa na respectiva comprovação, apenas suscitando genericamente teses sem o devido suporte na concretude dos fatos, deve ser aplicado o princípio *pas de nullité sans grief*.
2. Em se tratando de crime tentado, não haverá *bis in idem* na consideração negativa do vetor consequências do delito a análise da real ofensa produzida ao bem jurídico tutelado. Assim, há coerência na majoração da pena de um delito de tentativa de homicídio que provocou na vítima lesões permanentes, isto porque, em se tratando de tentativa, a vítima poderia sair inclusive ileso.
3. No que diz respeito à escolha da fração redutora em razão da tentativa, essa deve ser feita de forma inversamente proporcional ao *iter criminis* percorrido.
4. Recurso especial a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

No que tange à violação do artigo 478, II, do Código de Processo Penal, o Tribunal de origem consignou que (fls. 773):

A ata de julgamento (fl. 566) esclarece que o Ministério Público não fez referência à ausência de Vilson em plenário como argumento de autoridade, não relacionando sua falta com eventual assunção da autoria delitiva. Conforme o Juiz-presidente, a referência foi feita apenas para justificar aos jurados as razões pelas quais não foi possível submeter o réu a reconhecimento pela vítima e pelas testemunhas. Não havendo violação do disposto no artigo 478 do Código de Processo Penal, inviável o reconhecimento da nulidade suscitada.

Conforme esclarecido pelo Tribunal de origem, a referência à ausência do réu em plenário se deu em contexto de explicar aos jurados as razões pelas quais não foi possível submeter o réu a reconhecimento pela vítima e pelas testemunhas, o que por certo não configura argumento de autoridade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. JÚRI. NULIDADE. PLENÁRIO. ARGUMENTO DE AUTORIDADE. NÃO CONFIGURADO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem demonstrou que a menção feita pelo Promotor se deu a título de explicação sobre o andamento processual e não como fundamento para o pleito condenatório. Não configurado, portanto, o argumento de autoridade. Para aferir se as palavras do Promotor de Justiça em plenário foram feitas em outro contexto, seria necessário o revolvimento de matéria fática, vedado em recurso especial, por força da Sumula n. 7 do STJ.

2. A violação do art. 8º, "h", da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (duplo grau de jurisdição) nem mesmo implicitamente foi debatida no acórdão impugnado, sendo certo que o recorrente também deixou de opor embargos de declaração a fim de ventilar a matéria que carece, portanto, do adequado e indispensável prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa extensão, não provido.

(REsp 1558416/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 11/05/2017)

Em relação à outra nulidade aventada pela defesa, o Tribunal de origem afirmou que (fl. 773):

Tangente à alegada inovação acusatória, conforme registrado pelo Juiz-presidente, a referência pelo Ministério Público ao dolo eventual (conforme a ata da sessão de julgamento, o Promotor de Justiça teria referido: "quem atira na perna de alguém, no mínimo age com dolo eventual") foi feita apenas para ilustrar a diferença entre as figuras do dolo direto e do dolo eventual. Inobstante, conforme a ata da sessão de julgamento, o Juiz-presidente foi diligente ao esclarecer aos jurados, desde logo, que no caso dos autos a imputação é de dolo direto, o que também teria sido deixado claro, em mais de uma oportunidade, pelo Ministério Público. Deste modo, não há nulidade a ser reconhecida, inexistindo inovação acusatória.

Não houve, portanto, inovação na acusação pois a imputação sempre foi a de dolo direto, tendo sido feita menção ao dolo eventual tão-somente para esclarecer a diferença entre ambos. Não houve, portanto, desrespeito aos limites da pronúncia.

Ademais, é fundamental ter em mente que a disciplina das nulidades não se assenta na forma pela forma, mas, antes, tem em mira o cumprimento de metas, politicamente orientadas, sob o signo do cumprimento do *ethos* justiça. Não sendo trazida à baila qual a influência gerada pela atuação do Poder Judiciário, não haverá nulidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A posição ora externada assenta-se no princípio da instrumentalidade das formas. A propósito, eis a lição do Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, GUSTAVO BADARÓ:

"Como explica Tornaghi, 'a forma, o lugar e o tempo dos atos processuais são determinados com critério teleológico, isto é, para o fim de assegurar certos bens jurídicos que a lei reputa politicamente necessários ou tecnicamente convenientes'. Por isso, as formas não são um fim em si mesmas. Ao contrário, são meios que permitem que o ato atinja seus fins.

O princípio da instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo pelo qual não se anula o ato se da atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 5630. Esta regra é a 'viga mestra em matéria de nulidade' (Tourinho). O art. 566 do CPP completa tal regime de flexibilização das formas ao dispor que não se declara a nulidade que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa. Trata-se da conhecida máxima *pas de nullité sans grief*.

Segundo a maior parte da doutrina, o princípio do prejuízo não se aplica às nulidades absolutas, em que o 'prejuízo é presumido'. Tal posição não é correta por partir da premissa equivocada de que a forma é um fim em si mesma. Atentando-se para o caráter instrumental do processo, conclui-se que, mesmo nos casos em que o vício poderia caracterizar nulidade absoluta, se o ato cumpriu sua finalidade, não há que falar em nulidade. Por sua vez, quanto às nulidades relativas, há consenso de que sua decretação depende da demonstração do prejuízo.

Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não ocorrência, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido." (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 577-578).

Nesse sentido, eis a jurisprudência desta Casa de Justiça:

"PENAL E PROCESSUAL. HOMICÍDIO. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. (1) EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. RÉU PRONUNCIADO. ENUNCIADO SUMULAR N.º 21 DESTA CORTE. (2) NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO. PRECLUSÃO. (3) AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. (4) NULIDADE. RETIRADA DO RÉU DA SESSÃO PARA A OITIVA DE TESTEMUNHA. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. (5) FALTA DE CIENTIFICAÇÃO DO TEOR DOS DEPOIMENTOS AO ACUSADO E DA OCORRÊNCIA DO INTERROGATÓRIO IMEDIATAMENTE EM SEQUÊNCIA. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (6) *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Não se configura excesso de prazo para o término da instrução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal, visto que o réu foi pronunciado. Incidência do enunciado n.º 21 da Súmula desta Corte.

2. É firme neste Sodalício o entendimento de que 'nos processos de competência do Tribunal do Júri, as nulidades havidas durante a instrução criminal, na fase do *judicium accusationis*, devem ser arguidas, como preliminar ao mérito, nas alegações finais, sob pena de preclusão, nos termos dos arts. 571, I, e 572, I, do CPP' (HC 46.608/MG, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, DJe 11/12/2013).

3. 'O princípio do *pas de nullité sans grief* exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser tanto a de nulidade absoluta, quanto a relativa, pois não se declara nulidade por mera presunção' (REsp 1446799/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 18/12/2014).

4. A retirada do réu da sala de audiência, à luz do art. 217 do Código de Processo Penal, de acordo com a jurisprudência desta Corte, pode ser efetuada. Precedentes.

5. As demais questões trazidas a debate no presente *writ*, a saber, a falta de cientificação do teor dos depoimentos ao acusado e da ocorrência do interrogatório imediatamente em sequência, não foram sequer ventiladas perante o Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

6. *Writ* não conhecido."

(HC 314.047/AL, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 27/05/2015)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. PLENÁRIO DO JÚRI. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. MEDIDA ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS CONSECUTÓRIOS. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. O art. 185, §2º, II, do Código de Processo Penal estabelece a possibilidade, por meio de decisão fundamentada, da realização do interrogatório do réu preso, por sistema de videoconferência, com a finalidade de viabilizar a sua participação no referido ato processual.

2. A periculosidade do réu, somada à dificuldade enfrentada na remoção e apresentação dos presos em juízo, constitui motivação suficiente e idônea para realização do interrogatório do réu, no plenário Júri, por meio do sistema de videoconferência, assegurado o exercício da ampla defesa através de entrevista prévia com o seu defensor.

3. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama a efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

4. Recurso ordinário não provido.

(RHC 83.318/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Dessarte, como regra geral adotada pelo sistema brasileiro, a anulação de ato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processual depende da demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Repressivo, não logrando êxito a defesa na respectiva comprovação, apenas suscitando genericamente teses sem o devido suporte na concretude dos fatos - *pas de nullité sans grief*.

De outro lado, relativamente aos critérios de dosimetria da pena, adotamos o modelo trifásico proposto por Nelson Hungria, que descreve o cálculo da pena em basicamente três etapas: a) na primeira etapa, fixa-se a pena-base, com fundamento nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal; b) na segunda etapa ou fase intermediária, toma-se por parâmetro a pena-base encontrada, aplicando sobre ela as circunstâncias agravantes ou atenuantes, acaso existentes; c) por fim, na terceira etapa, partindo-se da pena intermediária, chega-se à pena definitiva, reconhecendo a aplicação de eventuais causas de aumento e/ou diminuição de pena.

O método trifásico de cálculo da pena busca viabilizar o exercício do direito de defesa, colocando o réu inteiramente a par de todas as etapas da individualização, uma vez que passa a conhecer o valor atribuído pelo juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes.

Pois bem. Como visto, na primeira fase da dosimetria, a finalidade não é outra senão fixar a pena-base utilizando como instrumentos as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Como ponto de partida, utiliza-se o julgador da pena simples ou qualificada abstratamente prevista no preceito secundário do tipo. Aqui, o julgador possui o que se convencionou chamar de discricionariedade vinculada, porque atua dentro das margens, mínimo e máximo, estabelecidas pela apódose normativa previamente ponderada pelo legislador infraconstitucional. São dois desdobramentos essenciais do Princípio da Individualização das penas (pena abstrata e pena em concreto), devendo ser analisados de maneira associada.

Nessa vereda, essa liberdade limitada na fixação da pena-base deve observar, fundamentalmente, dois parâmetros no estabelecimento do *quantum* inaugural: não deve repetir na fundamentação dos tópicos do artigo 59 os elementos já aquilatados pelo legislador e dispostos no tipo penal, sob pena de *bis in idem*; bem como deve ser feita em consonância com o dever de fundamentação (artigo 93, IX, da Constituição Federal - CF), sobretudo a fim de prestigiar o princípio da ampla defesa.

Em linha de compasso com os termos do decreto condenatório, vê-se que o magistrado *a quo* reuniu e valorou negativamente uma circunstância judicial, as consequências do delito, sob a seguinte argumentação (fls. 655):

Quanto às consequências, verifico que as lesões provocadas na vítima resultaram em debilidades permanentes (periciado não consegue ficar mais de vinte minutos em ortostatismo, apresentando sensação de peso na perna esquerda, assim como câibras frequentes), conforme indicado pelo exame



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

complementar de fl. 495. Considero essas circunstâncias algo de excepcional no contexto dos fatos, a exigir um aumento de pena, em um ano de reclusão.

O Tribunal de origem manteve a valoração negativa desse vetor sob a seguinte fundamentação (fl. 778):

Na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, em relação ao delito de homicídio qualificado, o Julgador *a quo* considerou desfavoráveis, consequências do crime, fixando a pena-base em 13 anos de reclusão.

De fato, as consequências do delito de tentativa de homicídio ultrapassaram a figura abstrata, na medida em que a vítima resultou com debilidades permanentes, não conseguindo ficar em pé por mais de vinte minutos, com sensação de peso na perna esquerda e relatando câibras frequentes, nos termos do auto de exame complementar de fl. 495.

Sendo circunstância judicial desfavorável, o montante de pena estabelecido pelo Magistrado, elevando o apenamento basilar em 01 ano, considerando as balizas mínima e máxima em abstrato, está adequado ao caso concreto e é suficiente para prevenção e reprovação do delito.

Deste modo, mantenho a pena-base em 13 anos de reclusão.

Da análise da fundamentação acima exposta, observa-se que a debilidade permanente da vítima foi o fundamento utilizado para considerar negativamente as consequências do delito.

Registro precedente da Sexta Turma em que se afastou esse vetor negativo por considerar que a debilidade permanente é inerente ao delito de homicídio, não servindo para justificar a valoração negativa nem mesmo em crimes tentados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. INDICAÇÃO DE FATORES QUE NÃO DESBORDAM DOS COMUNS À ESPÉCIE E UTILIZAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA QUE SERVIU PARA QUALIFICAR O DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. PRÁTICA DO DELITO EM LOCAL PÚBLICO EM DIA DE FERIADO NACIONAL COM A PRESENÇA DA COMUNIDADE. RISCO AOS TRANSEUNTES. FUNDAMENTO VÁLIDO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. DEBILIDADE PERMANENTE (PARAPLEGIA). DECORRÊNCIA QUE NÃO EXORBITA DAS COMUNS À ESPÉCIE (HOMICÍDIO). QUALIFICADORA SOBEJANTE. UTILIZAÇÃO COMO AGRAVANTE GENÉRICA. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO AQUÉM DA MÁXIMA LEGAL PELA TENTATIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. PRESENÇA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Arguições de crença na impunidade, audácia, destemor e desprezo aos maiores valores humanos, sem maiores considerações ou justificativas fáticas, não justificam a especial reprovabilidade da conduta, para o trato negativo da vetorial, por não desbordar de condições comuns à espécie criminosa.

3. O fato de o delito ser decorrência de desavenças prévias que resultaram na morte do irmão da vítima, na medida em que caracteriza o motivo torpe (vingança) não pode ser considerado em duas oportunidades para justificar o aumento da pena, como culpabilidade, sob pena de bis in idem, uma vez que tal circunstância já serviu pra qualificar o delito, daí o constrangimento ilegal.

4. O fato de o delito ter sido praticado em praça pública, em dia de feriado nacional, notório que a Comunidade, em datas como a vertente, dirige-se ao local, com suas famílias, já que área de lazer, constitui fundamento hábil ao aumento da pena-base, por desbordar ligeiramente das ínsitas à espécie, revelando ousadia e ensejando perigo às demais pessoas presentes no local. Precedentes.

5. Desarrazoado o trato negativo das consequências do delito com base em decorrências que não exorbitam do delito praticado - homicídio qualificado tentado -, quais sejam: lesões corporais graves ou mesmo debilidades permanentes, como é o caso da paraplegia. Precedentes.

6. Possível é a utilização das qualificadoras sobejantes, que não foram utilizadas para qualificar o delito, como circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, na primeira fase, ou, na segunda fase, como agravantes genéricas, se previstas. Precedentes.

7. Tendo em vista que o quantum da redução foi fixado fundamentadamente nas circunstâncias do fato, não há constrangimento ilegal a ser sanado, sendo que a desconstituição do julgado demandaria indevida incursão na seara fático-probatória, insuscetível em habeas corpus.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente a 8 anos de reclusão.

(HC 331.480/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 03/03/2017)

Trazendo à discussão novamente o assunto, entendo que, no caso presente, a debilidade permanente é motivação idônea para valoração negativa do vetor consequências do delito, no caso de tentativa de homicídio.

É que ao contrário do que ocorre com o tipo consumado, em que é necessária a subsunção completa do fato à norma penal, devendo haver a morte da vítima para configurar o delito de homicídio, no crime tentado, a tipicidade não é concluída.

Na tentativa, o agente pretende um resultado maior do que conseguiu efetivamente alcançar, ou seja, a dimensão subjetiva do delito é maior do que a sua dimensão objetiva, surgindo daí uma incongruência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Código Penal, em seu artigo 14, II, optou por punir a tentativa por considerar relevante tanto o desvalor da conduta como o desvalor do resultado. Assim, o objetivo da punição pela tentativa é resguardar o perigo que o bem jurídico corre, exigindo-se para tanto o início dos atos executórios.

Ocorre que o início dos atos executórios não exige que o bem jurídico tutelado seja efetivamente atingido. É o caso, por exemplo, da tentativa branca, em que a vítima não é atingida e nem vem a sofrer ferimentos, saindo, portanto, ilesa.

Por outro lado, a fração de redução de pena aplicada a tentativa diz respeito ao *iter criminis* percorrido, não levando em consideração, nesta etapa da dosimetria da pena, o resultado efetivamente produzido pela prática criminosa.

Dessa forma, não haverá *bis in idem* na consideração negativa do vetor consequências do delito a análise da real ofensa produzida ao bem jurídico tutelado, ou seja, o grau de violação que o bem jurídico efetivamente sofreu. Assim, há coerência na majoração da pena de um delito de tentativa de homicídio que provocou na vítima lesões permanentes, isto porque, em se tratando de tentativa, a vítima poderia sair inclusive ilesa.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VALORAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME NA TENTATIVA. PROPORCIONALIDADE AO RESULTADO PRODUZIDO. REDUÇÃO PELA MENORIDADE EM 1/16. INEXISTÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. PATAMAR APLICADO À ATENUANTE SUPERIOR AO ADOTADO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. MODIFICAÇÃO QUE IMPLICA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS NÃO CONHECIDO.

- No tocante a dosimetria da pena, a culpabilidade e as circunstâncias do crime foram consideradas desfavoráveis com base em idônea fundamentação utilizada pelo Magistrado de piso. Em relação à conduta social, personalidade do agente o Juiz de primeiro grau destacou, respectivamente, o sentenciante que "a conduta social do réu demonstra que se envolvia na prática de crimes e no consumo de substância entorpecente" e que sua personalidade "se mostra voltada para o crime, à vista de se ver processado e até mesmo condenado por vários delitos".

- Existindo diversas condenações atingidas pela imutabilidade da coisa julgada antes da prolação da sentença condenatória, é válida a utilização de uma na consideração desfavorável da conduta social e outra na personalidade do paciente.

- Em que pese a ocorrência das lesões corporais graves ficarem absorvidas e não exorbitarem o resultado previsto no tipo penal quando o crime é consumado, esse mesmo raciocínio não se mostra adequado nos casos de crime tentado. Entre a ocorrência de uma tentativa branca, no qual a vítima não é atingida no processo de execução e, portanto, não sofre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nenhum ferimento, da tentativa cruenta ou vermelha, no qual a vítima é lesionada, existe uma imensa e flagrante diferença que deve ser valorada pelo aplicador na análise das circunstâncias judiciais do acusado, inclusive em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena. Da mesma forma que, na tentativa, a redução é valorado conforme o iter criminis percorrido, as consequências do delito nos crimes tentados devem ser proporcionais ao resultado produzido pela conduta criminosa.

- Inexiste desproporcionalidade na aplicação da atenuante menoridade em 1/16 se a redução foi utilizada em patamar superior ao valorado no acréscimo decorrente de cada circunstância judicial desfavorável, não restando demonstrada flagrante ilegalidade que autorize a substituição da dosimetria fixada pelo Juiz de primeiro grau e mantida na Corte Estadual.

- Somente quando a dosimetria da pena mostrar-se teratológica é que deve ser modificada a reprimenda imposta pelo Juízo de primeiro grau, respeitando-se sua discricionariedade e valorizando a condição de que é ele que está mais próximo dos fatos e da realidade local.

Ademais, para se modificar as conclusões das instâncias ordinárias relativas à dosimetria da pena, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio heroico.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 184.325/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 04/12/2015)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO NA FORMA TENTADA. (I) DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (II) PATAMAR DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. AVANÇADO ITINERÁRIO EXECUTIVO PERCORRIDO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. Na espécie, o magistrado sentenciante afirmou ser acentuada a culpabilidade do paciente, tendo em vista que o crime foi perpetrado na presença dos filhos menores e da namorada da vítima, situação que, realmente, evidencia menosprezo especial ao bem jurídico tutelado pela norma, espelhando maior desvalor do comportamento do agente. Sendo assim, adequada a fundamentação apresentada na origem e razoável a exasperação da pena-base. Precedentes.

3. O magistrado sentenciante também considerou desfavoráveis as consequências do crime, porquanto a vítima necessitou submeter-se a tratamento médico, sofrendo sequelas que afetaram sua capacidade laborativa e que permanecem até os dias atuais. De fato, a gravidade das consequências do delito, evidenciada pelas sequelas decorrentes das facadas desferidas pelo paciente, permanecendo o ofendido afastado de sua atividade laborativa até os dias atuais, demonstra uma maior reprovabilidade do comportamento, extrapolando o resultado inerente ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipo incriminador. Precedentes.

4. Cumpre registrar, acerca do assunto, que os "ferimentos ou sequelas não são inerentes à figura tentada do homicídio, até porque é possível haver tentativa branca ou incruenta. Portanto, no caso em tela, o aumento da pena-base, sob o título de consequência do crime, é corolário do princípio da individualização da pena" (HC 318.814/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 08/11/2016).

5. No que concerne à fração de diminuição de pena, aplicada em razão do reconhecimento da tentativa, esclareceu o Tribunal de Justiça que o crime se aproximou da consumação, porquanto o acusado desferiu facadas no abdômen do ofendido, região vital, exaurindo todos os atos executivos postos a sua disposição, somente não alcançando seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade - fuga da vítima do local e imediato atendimento e tratamento médico. Desse modo, diante do iter criminis percorrido, suficientemente fundamentada a opção pela fração mínima de redução. Precedentes.

6. Habeas corpus denegado.

(HC 353.551/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PENA BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DEFORMIDADE PERMANENTE. TENTATIVA. ITER CRIMINIS INTEGRALMENTE PERCORRIDO. REDUÇÃO EM 1/3 CABÍVEL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus de ofício.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. No que tange às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, verifica-se que a pena base restou majorada em razão da deformidade permanente suportada pela ofendida, caracterizada pelas doze cicatrizes causadas pelos ferimentos, o que constitui fundamento válido.

4. Considerando o intervalo de pena mínima e máxima estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 14 anos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forçoso reconhecer que o incremento da sanção corporal em 1 ano pela vetorial negatizada revela-se deveras favorável à paciente, razão pela qual deve permanecer o quantum de reprimenda inalterado, em atendimento à regra do non reformatio in pejus.

5. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição. Precedentes.

6. Hipótese na qual a paciente atacou a vítima a golpes de facada, cansando-lhe lesões graves em regiões letais, tratando-se, portanto, de tentativa cruenta e perfeita, pois percorrida a totalidade do *iter criminis*, tendo sido realizado o suficiente para alcançar o resultado morte. Por conseguinte, de rigor a manutenção do redutor mínimo de 1/3 (um terço), pela tentativa de homicídio (art. 14, II, do CP).

7. Writ não conhecido.

(HC 365.398/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016)

Vale registrar que a legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento de um vetor negativo, cabendo ao julgador, dentro do livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias e quantificar a pena.

Assim, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o *quantum* de pena a ser aplicado faz parte da discricionariedade do juiz e rever este posicionamento implica necessariamente na análise das circunstâncias fáticas do caso, o que é vedado em sede de recurso especial.

Por fim, no que diz respeito à escolha da fração redutora em razão da tentativa, entendo que essa deve ser feita de forma inversamente proporcional ao *iter criminis* percorrido.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO NA FORMA TENTADA. (I) POSSIBILIDADE JURÍDICA. RECONHECIMENTO. (II) DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (III) PATAMAR DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. AVANÇADO ITINERÁRIO EXECUTIVO PERCORRIDO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vontade do agente" (Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013).

2. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório. 3. Na espécie, o colegiado local considerou desfavoráveis as circunstâncias do crime, pois praticado o delito com extrema agressividade, submetendo os ofendidos a intenso sofrimento físico e psicológico. Obtemperou que as vítimas, durante toda a ação delitiva, foram agredidas física e moralmente com tapas, chutes e ofensas; enquanto os réus perpetravam a rapinagem, os ofendidos eram constantemente ameaçados de morte, sempre sob a mira de armas de fogo. Além disso, descontentes com a tentativa frustrada de matar a ofendida, desferiram-lhe coronhadas.

Em seguida, amarram-na, bem como seu marido, e os jogaram no banheiro da residência. Conforme se observa, descreveu o Tribunal de Justiça as particularidades do delito e as atitudes assumidas pelo condenado no decorrer do fato criminoso, bem como a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente, parecendo-me, portanto, suficientemente fundamentado o aumento operado na origem. Precedentes.

4. No que concerne à fração de diminuição de pena, aplicada em razão do reconhecimento da tentativa, esclareceu o Tribunal de Justiça que o crime se aproximou da consumação, porquanto os acusados efetuaram dois disparos em direção à nuca da ofendida, somente não alcançando seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade. Desse modo, diante do iter criminis percorrido, suficientemente fundamentada a opção pela fração mínima de redução. Precedentes.

5. Habeas corpus denegado.

(HC 391.645/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, MAUS ANTECEDENTES, CIRCUNSTÂNCIAS, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MANTIDA. AUMENTO A TÍTULO DE PERSONALIDADE AFASTADO POR CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA, SEM REPERCUSSÃO DO QUANTUM DE PENA. DOSIMETRIA PROCEDIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE SE REVELA BASTANTE FAVORÁVEL AO RÉU. REDUÇÃO DE 1/3 PELA TENTATIVA MANTIDO. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO.

WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. In casu, o fato de o réu ter agido de forma premeditada demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura da conduta a ensejar resposta penal superior.

4. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de duas condenações transitadas em julgado, não se vislumbra ilegalidade na dosimetria da pena. Precedentes.

5. Em relação às circunstâncias do crime, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita os crimes de tentativa de homicídio qualificado, pois foram efetuados sucessivos disparos de arma de fogo contra a vítima, em plena via pública, em bairro residencial de cidade interiorana.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*. In casu, a pena-base foi exasperada pelos motivos do crime, os quais correspondem à qualificadora remanescente do motivo torpe, o que é lícito. Importa frisar que o crime foi motivado por sentimento de vingança, em um contexto de rixa entre gangues rivais.

7. Quanto às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Em verdade, não se revela razoável admitir que as lesões corporais causadas à vítima possam ser absorvidas pelo resultado morte, nos termos do reconhecido para o homicídio consumado, sendo possível, por certo, a exasperação da pena pelas consequências do crime na hipótese de tentativa cruenta ou vermelha, desde que o ofendido sofra algum ferimento grave durante o processo de execução do delito. No caso em testilha, verifica-se que a vítima foi atingida por dois projéteis em ambas as pernas, sendo que um deles permaneceu alojado, o que permite a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria. 8. No que se refere à personalidade, este Superior Tribunal de Justiça reconhece que a personalidade do agente somente pode ser valorada negativamente se constarem dos autos elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador, o que não se vislumbra na hipótese em apreço.

9. Considerando a presença de cinco circunstâncias judiciais desfavoráveis e estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(um oitavo) para cada circunstância desfavorável, fazendo-o incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de homicídio qualificado (18 anos), resultaria no acréscimo de 2 (dois) anos e 3 (três) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal por cada vetor desfavorável. Percebe-se, pois, que a dosimetria da pena-base realizada pelas instâncias ordinárias, ao contrário do alegado pelo impetrante, mostrou-se benevolente com o réu, ao fixá-la em 14 (quatorze) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias anos reclusão. Por conseguinte, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria, devendo ser mantida a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, em respeito à regra non reformatio in pejus.

10. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

11. Hipótese na qual a pena restou reduzida em 1/3 por terem as instâncias ordinárias, de forma motivada, reconhecido que o acusado realizou o bastante para atingir o resultado criminoso, tendo realizado diversos disparos contra a vítima, causando-lhe lesões corporais de natureza grave. Assim sendo, verifica-se ter sido percorrido a totalidade do *iter criminis*, tendo o réu realizado o suficiente para alcançar o resultado morte, sendo de rigor a manutenção do redutor mínimo de 1/3 (um terço), sob o título de causa de diminuição de crime tentado (CP, art. 14, II).

12. Writ não conhecido.

(HC 377.677/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

O magistrado de primeiro grau, ao escolher a fração a ser aplicada diante do reconhecimento da tentativa, consignou que (fl. 655/656):

Para a diminuição de pena decorrente da tentativa, é preciso levar em conta que a vítima chegou a sofrer um disparo de arma de fogo e foi atingida com gravidade, gerando risco de vida. O exame complementar de fl. 102 registra que "a presença de lesão arterial e venosa femoral, associada à presença de sangramento e choque hipovolêmico, configura perigo de vida". Por isso, tenho que o crime chegou ao último estágio antes da consumação, de modo que reduzo a pena em patamar mínimo, um terço (art. 14, § único, do CP), tornando-a definitiva em 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, pelo patamar da pena (art. 33, § 2º, 'a', do CP) e por se tratar de crime hediondo (art. 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90).

Dessa forma, como o *iter criminis* se aproximou da consumação do delito, correta a escolha da fração a ser utilizada pelo reconhecimento da tentativa.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso especial.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.508 - RS (2017/0057401-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

RECORRENTE : VILSON RODRIGUES PIRES JUNIOR

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (PRESIDENTE):

Senhores Ministros, devo ficar vencido, mas, só para registrar, já fiquei vencido em uma ocasião e vencedor em outro momento - dois processos, dois resultados distintos. Me parece que, se o bem tutelado é a vida, não há como aumentar a pena por um dano maior ou menor ao corpo daquele que é atingido pela tentativa de homicídio. Mas já é tese conhecida e já fiz até expor aos Colegas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0057401-8 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.660.508 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00120700547607 02411484120168217000 03681344020168217000
03916104420158217000 05476022420078210001 20700547607 2411484120168217000
3681344020168217000 3916104420158217000 47307700210 5476022420078210001
70067062323 70070309547 70071579403

PAUTA: 10/10/2017

JULGADO: 10/10/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VILSON RODRIGUES PIRES JUNIOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
CORRÉU : LUIS FERNANDO DE ALMEIDA ESPÍNDOLA
CORRÉU : DANI CHRISTIAN SOUTO SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.