



Tribunal de Justiça do Estado do Pará

ACÓRDÃO N. 153582

SECRETARIA DA 1ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA.

APELAÇÃO N.º. 0000053-67.2013.814.0031 (VARA ÚNICA DA COMARCA DE MOJU/PA)

APELANTES: GABRIEL EVANGELHISTA FARIAS E MIZAUQUE EVANGELISTA FARIAS.

ADVOGADO (A): PABLO DE SOUZA MELO (DEFENSOR PÚBLICO).

APELADO (A): A JUSTIÇA PÚBLICA.

PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA: FRANCISCO BARBOSA DE OLIVEIRA.

RELATORA: Des.ª. VERA ARAÚJO DE SOUZA.

EMENTA: APELAÇÃO PENAL. ART. 121, § 2º, INCISO II DO CPB (HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL).

FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL PARA O APELANTE MIZAUQUE FARIAS. IMPROCEDÊNCIA. JUÍZO DE PISO NÃO ANALISOU DE FORMA ESCORREITA ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL, FATO ESTE QUE AUTORIZA O REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASE APLICADA, TODAVIA, PARA ALÉM DO MÍNIMO.

FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL PARA O APELANTE GABRIEL FARIAS. IMPROCEDÊNCIA. JUÍZO DE PISO NÃO ANALISOU DE FORMA ESCORREITA ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL, TODAVIA, A VALORAÇÃO ADEQUADA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME PERMITE A MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* DA REPRIMENDA FIXADA PELO MAGISTRADO *A QUO*.

APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. QUANDO O CÔMPUTO DO PERÍODO DE PRISÃO PREVENTIVA NÃO ENSEJA QUALQUER ALTERAÇÃO NO REGIME PRISIONAL, A DETRAÇÃO COMPETE AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, PORÉM APENAS REDIMENSIONO A PENA DO APELANTE MIZAUQUE EVANGELISTA FARIAS PARA 13 (TREZE) ANOS DE RECLUSÃO, MANTENDO-SE AS DEMAIS COMINAÇÕES DA SENTENÇA.

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Câmara Criminal Isolada, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, porém apenas redimensionando a pena do apelante MIZAQUE EVANGELISTA FARIAS para 13 (treze) anos de reclusão, mantendo-se as demais cominações da sentença, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 17 dias do mês de novembro de 2015.

Julgamento presidido pela Ex. Sr. Des. Vânia Silveira.

Belém, 17 de novembro de 2015.

Relatora Des. VERA ARAÚJO DE SOUZA
DESEMBARGADORA

RELATÓRIO

MIZAQUE EVANGELISTA FARIAS E GABRIEL EVANGELHISTA FARIAS interuseram Recurso de Apelação Criminal, inconformados com a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Moju/PA (fls. 161-163), que os condenou, respectivamente, a uma pena definitiva de 15 (quinze) anos de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime fechado pela prática do delito tipificado no art. 121, §2º, II do CPB e a uma pena definitiva de 13 (treze) anos de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime fechado pela prática do delito tipificado no art. 121, §2º, II c/c art. 29 ambos do CPB.

Narra a denúncia (fls. 02-04) que no dia 17/06/2012, por volta das 23h, os denunciados e a vítima teriam brigado em uma festa, tendo os ora apelantes deixado o local, todavia, em um determinado momento, estes teriam retornado ao local dos fatos e o apelante MIZAQUE estaria com uma espingarda que teria sido utilizada para a prática do crime.

Consta ainda da exordial que a vítima seguira em direção a uma ponte quando teria sido importunado pelo denunciado GABRIEL. Ato contínuo, GABRIEL teria corrido, sendo seguido pela vítima, momento em que, o denunciado MIZAQUE teria desferido um tiro no ofendido, o qual falecera. Segundo a promotoria, o apelante MIZAQUE incidira nas penas do art. 121, § 2º,

inciso II do CPB e o apelante GABRIEL incidira nas penas do art. 121, § 2º, inciso II c/c art. 29 ambos do CPB.

Os rãos foram pronunciados às fls. 86-90 em 19/11/2013.

Às fls. 161-163 o Tribunal do Júri decidiu pela condenação dos rãos MIZAQUE EVANGELISTA FARIAS E GABRIEL EVANGELHISTA FARIAS por terem sido os autores do fato delituoso, fixando-lhes, respectivamente, as penas de 15 (quinze) anos de reclusão em regime fechado pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, II do CPB e de 13 (treze) anos de reclusão em regime fechado pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, II c/c art. 29 ambos do CPB.

Em razões recursais às fls. 178-184, a defesa requereu a fixação da pena no mínimo legal e a aplicação da detração penal.

Em contra-razões recursais às fls. 191-195, o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto, mantendo-se *in totum* a sentença *a quo*.

Nesta Superior Instância, o douto Procurador de Justiça, FRANCISCO BARBOSA DE OLIVEIRA às fls. 203-207, pronunciou-se pelo conhecimento e improvimento da presente apelação.

Os autos vieram conclusos em 21/10/2015.

o relatório com revisão realizada pela Des. Vânia Silveira.

Passo a proferir voto.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso e passo à sua análise.

Não havendo preliminares, passo análise do mérito recursal.

Como dito alhures, trata-se de Apelação Penal interposta por **MIZAQUE EVANGELISTA FARIAS E GABRIEL EVANGELHISTA FARIAS**, objetivando reformar a sentença da Vara Única da Comarca de Moju/PA que os condenou, respectivamente, a uma pena definitiva de 15 (quinze) anos de reclusão em regime fechado pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, II do CPB e a uma pena definitiva de 13 (treze) anos de reclusão em regime fechado pela prática do delito

tipificado no art. 121, §2º, II c/c art. 29 ambos do CPB, requerendo a fixação da pena no mínimo legal e a realização da detração penal.

FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL PARA O APELANTE MIZAUQUE FARIAS.

Com relação ao pedido de aplicação da pena no mínimo legal, entendo não proceder, uma vez que o fato da reprimenda não ter sido fixada de forma escoreita pelo magistrado de piso, o qual não analisou corretamente algumas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, autoriza o redimensionamento da reprimenda aplicada, porém, para além do mínimo legal em virtude da valoração negativa das circunstâncias do crime

No direito brasileiro, a atividade judicial de dosagem da pena privativa de liberdade, em atenção à **garantia da individualização da pena**, encartada no **artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República de 1988**, segue o **critério trifásico**, previsto no **artigo 68 do Código Penal**: primeiro, fixa-se a pena-base à luz das circunstâncias judiciais elencadas no **artigo 59 do Código Penal**; em seguida, analisa-se a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas e, por fim, verifica-se a presença das causas de diminuição e aumento de pena.

CR/88 –

Art. 5º. (...)

XLVI – A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

CP:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Compulsando a sentença penal condenatória (fls.161-163), nota-se que na 1ª fase da dosimetria da pena para o crime ora em comento, o magistrado singular, em observância ao disposto no artigo 59 do Código Penal, **fixou a pena em 15 (quinze) anos de reclusão em regime fechado**, exasperando-a do mínimo legal em razão da valoração negativa das seguintes circunstâncias judiciais: **culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime**.

Na 2ª fase, o julgador não reconheceu circunstâncias agravantes nem atenuantes, **fixando a pena intermediária em 15 (quinze) anos de reclusão em regime fechado**.

Na 3ª fase, o juízo de piso não reconheceu causa de aumento nem de diminuição da pena, **fixando a pena em definitivo em 15 (quinze) anos de reclusão em regime fechado**.

Trata-se de conhecimento comum que no 1º estágio da individualização da pena o julgador dispõe da chamada **discricionariedade juridicamente vinculada**: sem desprender-se do dever de motivação da sua decisão, concretiza a pena-base com relativa subjetividade, sem poder, contudo, desbordar da quantidade mínima e máxima abstratamente cominada no tipo legal, consoante leciona **Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 11ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: p. 414)**:

Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando a suficiência para prevenção e repressão da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada) (...).

Na perspectiva valorativa da pena, **basta a existência de uma circunstância judicial negativa para que a pena-base já não possa mais ser fixada no mínimo legal (STF, HC 76196, Rel. Min. Maurício Corrêa, Publicação: 15/12/2000)**.

Aqui, convém mencionar que “a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada” (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no HC 149.456/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Publicação: 02/05/2012).

Nossa Corte Suprema, no mesmo diapasão, já assentou que “o juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo” (STF, HC 76196, Rel. Min. Maurício Corrêa, Publicação:15/12/2000).

Segundo o doutrinador **Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, 11ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 418)**, *in verbis*: “é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo”. No mesmo sentido, **Cleber Masson (Direito Penal Esquematizado, 2ª Edição, Editora Método: p. 592)**, ensina, *in verbis*: “Somente quando todas as circunstâncias forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal (...)”.

No presente caso, assinalo que o juízo singular **incidira em error in judicando no que tange à valoração desfavorável das circunstâncias judiciais da culpabilidade e consequências do crime**. Isso porque o julgador procedeu ao exame absolutamente genérico e vago de tais vetores, sem fazer referência a elementos concretos extraídos dos autos, consoante determina o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988 (dever de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais). **Todavia, o magistrado de piso valorou corretamente as circunstâncias do crime**

Precedo que ao julgador de piso, na 1ª fase da individualização da pena, não é dada a possibilidade de exasperar a pena-base com base em referências vagas e genéricas, conforme entendimento assestado nos Tribunais Superiores. Nesse sentido, o **Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus Nº 191734/PE, distribuído para a relatoria da Ministra Laurita Vaz, com Acórdão publicado no Diário de Justiça em 26/9/2012**, a assinalou, *in verbis*: “(...) Não

pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, não somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, tais como, “*tinha consciência de que agia em desacordo com a lei*” (culpabilidade) e “*vítima em nada contribui para o crime*” (comportamento da vítima) (...). Por oportuno, colaciono **jurisprudência da mencionada Corte Superior**:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE FURTO. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL QUE SE IMPÕE. (...). HABEAS CORPUS CONCEDIDO. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 2. *A valoração negativa das circunstâncias judiciais foi feita com considerações vagas, genéricas, sem fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação, pois o Magistrado não indicou nenhum fato concreto que justificasse a valorização negativa das circunstâncias.* [STJ. AgRg no HC 202233 / ES. Rel.ª. Min.ª. Laurita Vaz. Publicação: 28/5/2013].

de conhecimento comum que a **culpabilidade** prevista para o momento da aplicação da pena, conforme leciona **Ricardo Augusto Schmitt (Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática. Editora Jus Podivm. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada: p. 115)** *in verbis*: “(...) se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade diante dos elementos concretos disponíveis no julgamento. A adjetivação negativa ou censurável reclama criteriosa pesquisa nos elementos probatórios concretos a referendá-las”. Analisando a sentença penal contrastada, nota-se que o magistrado a quo valorou negativamente a culpabilidade com base em dados inerentes às circunstâncias do crime.

No que tange às **consequências do crime**, estas podem ser de ordem material ou moral. A valoração deste vetor, segundo leciona o doutrinador **Ricardo Augusto Schmitt (Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática. Editora Jus Podivm. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada: p. 140)**, *in verbis*: “(...) exige um plus que deriva do ato ilícito praticado pelo agente, não podendo ser do próprio tipo (...)”. Desse modo, no âmbito das consequências do crime deve o magistrado sopesar as consequências concretas que vão para além do fato típico. *In casu*, o juízo sentenciante valorou o vetor consequências do crime com base em elementos comuns ao crime de em tela, *in verbis*: “as consequências extra penais foram drásticas, vez que a vítima possuía dois filhos menores que ficaram órfãos e desamparados”.

No que concerne às **circunstâncias do crime**, ensina **Ricardo Augusto Schmitt (Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática. Editora Jus Podivm. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada: p. 137-138)**, *in verbis*: “(...) entendem-se todos os elementos do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não definidos na lei penal. Compreendem, portanto, as singularidades do próprio fato que ao juiz cabe ponderar. Trata-se do *modus operandi* empregado na prática do delito. São elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como (...) o local da ação delituosa (...), as condições e o modo de agir (...)”.

No caso em comento, o juízo a quo valorou negativamente as **circunstâncias do crime** com base em fundamentação concreta, senão vejamos, *in verbis*: “(...) as circunstâncias são em todo desfavoráveis, vez que o acusado ficou em um local escuro quando alvejou a vítima com disparo com arma de fogo”. No presente caso, o apelante ficou no aguardo e surpreendeu a vítima no escuro, depois que outro denunciado atraiu a vítima para o local.

Fixadas as premissas acima, sob o influxo do **efeito devolutivo da sentença**, com base no **artigo 68 do Código Penal**, procederei à nova dosimetria da pena privativa de liberdade do recorrente, tendo em vista que algumas circunstâncias que o juízo de piso valorou negativamente, são na verdade normais ao tipo penal.

1ª fase: sob o ângulo das **circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Repressivo Patrio**, cumpre estipular a **pena-base** necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Quanto à **culpabilidade**, à vista dos elementos disponíveis nos autos, entendo que o comportamento do recorrente não excedeu ao grau de reprovabilidade comum ao crime em tela, motivo pelo qual o vetor em apreciação merece **valoração neutra**.

Com base nos elementos coletados a respeito da **conduta social** do apelante, **valoro tal circunstância de maneira neutra**.

Os **antecedentes criminais**, segundo os ensinamentos doutrinários de **Rogério Greco (Curso de Direito Penal. Parte Geral. Volume I. 14ª Edição. Editora Impetus: p. 559)**, *in verbis*: “dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência (...)”. Dessarte, apenas as condenações com trânsito em julgado que sejam anteriores ao fato objeto da causa, desde que não sirvam para consubstanciar a reincidência, que poderão ser utilizadas para exasperar a pena-base do patamar mínimo abstratamente

cominado na lei, incidindo-se, ainda, o **enunciado constante da súmula N.º 444 da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça**, segundo o qual, *in verbis*: “*é vedada a utilização de inquiritos e ações penais em curso para agravar a pena-base*”. *In casu*, não consta nos autos certidão de antecedentes do ora apelante.

Não existe nos autos qualquer elemento plausível para aferição da **personalidade do agente**, razão pela qual procedo à **valoração neutra** do vetor em exame.

Tangente aos **motivos do crime**, não foram coletados dados significativos, não extrapolando ao tipo penal testilhado, sendo imperiosa a **valoração neutra** da circunstância judicial epigrafada.

As **circunstâncias do crime** encontram-se relatadas nos autos, fugindo ao tipo penal configurado. Assim, procedo à **valoração negativa** da circunstância judicial em exame.

As **conseqüências do crime** não refogem ao que é comum ao crime em tela, sendo inviável proceder a valoração negativa de tal vetor. Nessa esteira, a circunstância inominada em enfoque merece **valoração neutra**.

O **comportamento da vítima** não pode ser valorado a favor ou contra o ora apelante, pois, a briga e que participou tanto a vítima quanto os denunciados não pode ser analisada como comportamento propício à prática do crime, razão pela qual **nada se tem a valorar**.

Em vista da valoração negativa de uma circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal analisadas individualmente, **fixo a pena-base em 13 (treze) anos de reclusão**.

Na 2ª fase, não reconhecemos circunstâncias agravantes e nem a existência de circunstâncias atenuantes. Desta forma mantêm-se a pena intermediária de **13 (treze) anos de reclusão**.

Na 3ª fase, não reconhecemos causas da diminuição e de aumento de pena, fixando a pena definitiva em **13 (treze) anos de reclusão em regime fechado**.

FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL PARA O APELANTE GABRIEL FARIAS.

Com relação ao pedido de aplicação da pena no mínimo legal, entendo não proceder, uma vez que apesar do magistrado de piso não ter analisado corretamente algumas circunstâncias judiciais do **artigo 59 do Código Penal**, o *quantum* da reprimenda foi fixado de maneira condizente com o crime ora cometido.

No direito brasileiro, a atividade judicial de dosagem da pena privativa de liberdade, em atenção à **garantia da individualização da pena**, encartada no **artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República de 1988**, segue o **critério trifásico**, previsto no **artigo 68 do Código Penal**: primeiro, fixa-se a pena-base à luz das circunstâncias judiciais elencadas no **artigo 59 do Código Penal**; em seguida, analisa-se a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas e, por fim, verifica-se a presença das causas de diminuição e aumento de pena.

CR/88 –

Art. 5º. (...)

XLVI – A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

CP:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Compulsando a sentença penal condenatória (fls.161-163), nota-se que na 1ª fase da dosimetria da pena para o crime ora em comento, o magistrado singular, em observância ao disposto no artigo 59 do Código Penal, **fixou a pena em 13 (treze) anos de reclusão em regime fechado**, exasperando-a do mínimo legal em razão da valorativa negativa das seguintes circunstâncias judiciais: **culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime**.

Na 2ª fase, o julgador não reconheceu circunstâncias agravantes nem atenuantes, **fixando a pena intermediária em 13 (treze) anos de reclusão em regime fechado**.

Na 3ª fase, o juízo de piso não reconheceu causa de aumento nem de diminuição da pena, **fixando a pena em definitivo em 13 (treze) anos de reclusão em regime fechado**.

De conhecimento comum que no 1º estágio da individualização da pena o julgador dispõe da chamada **discricionariedade juridicamente vinculada**: sem desprender-se do dever de motivação da sua decisão, concretiza a pena-base com relativa subjetividade, sem poder, contudo, desbordar da quantidade mínima e máxima abstratamente cominada no tipo legal, consoante leciona **Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 11ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: p. 414)**:

Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando a suficiência para prevenção e repressão da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada) (...).

Na perspectiva valorativa da pena, **basta a existência de uma circunstância judicial negativa para que a pena-base já não possa mais ser fixada no mínimo legal (STF, HC 76196, Rel. Min. Maurício Corrêa, Publicação: 15/12/2000)**.

Aqui, convém mencionar que “a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada” (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no HC 149.456/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Publicação: 02/05/2012).

Nossa Corte Suprema, no mesmo diapasão, já assentou que “o juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo” (STF, HC 76196, Rel. Min. Maurício Corrêa, Publicação:15/12/2000).

Segundo o doutrinador **Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, 11ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 418)**, *in verbis*: “é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo”. No mesmo sentido, **Cleber Masson (Direito Penal Esquematizado, 2ª Edição, Editora Método: p. 592)**, ensina, *in verbis*: “Somente quando todas as circunstâncias forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal (...)”.

No presente caso, assinalo que o juízo singular incidira em **error in judicando no que tange à valoração desfavorável das circunstâncias judiciais da culpabilidade e consequências do crime**. Isso porque o julgador procedeu ao exame absolutamente genérico e vago de tais vetores, sem fazer referência a elementos concretos extraídos dos autos, consoante determina o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988 (dever de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais). **Todavia, o magistrado de piso valorou corretamente as circunstâncias do crime**

Precedido que ao julgador de piso, na 1ª fase da individualização da pena, não é dada a possibilidade de exasperar a pena-base com base em referências vagas e genéricas, conforme entendimento assestado nos Tribunais Superiores. Nesse sentido, o **Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus Nº 191734/PE, distribuído para a relatoria da Ministra Laurita Vaz, com Acórdão publicado no Diário de Justiça em 26/9/2012**, a assinalou, *in verbis*: “(...) Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, tais como, “*tinha consciência de que agia em desacordo com a lei*” (culpabilidade) e “*vítima em nada contribui para o crime*” (comportamento da vítima) (...)”. Por oportuno, colaciono **jurisprudência da mencionada Corte Superior**:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE FURTO. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL QUE SE IMPÕE. (...). HABEAS CORPUS CONCEDIDO. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 2. A valoração negativa das circunstâncias judiciais foi feita com considerações vagas, genéricas, sem fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação, pois o Magistrado não indicou nenhum fato concreto que justificasse a valorização negativa das circunstâncias. [STJ. AgRg no HC 202233 / ES. Rel.ª. Min.ª. Laurita Vaz. Publicação: 28/5/2013].

de conhecimento comum que a **culpabilidade** prevista para o momento da aplicação da pena, conforme leciona **Ricardo Augusto Schmitt (Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática. Editora Jus Podivm. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada: p. 115) in verbis: “(...) se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade diante dos elementos concretos disponíveis no julgamento. A adjetivação negativa ou censurável reclama criteriosa pesquisa nos elementos probatórios concretos a referendá-las”**. Analisando a sentença penal contrastada, nota-se que o magistrado a quo valorou negativamente a culpabilidade com base em dados inerentes às circunstâncias do crime.

No que tange às **consequências do crime**, estas podem ser de ordem material ou moral. A valoração deste vetor, segundo leciona o doutrinador **Ricardo Augusto Schmitt (Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática. Editora Jus Podivm. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada: p. 140), in verbis: “(...) exige um plus que deriva do ato ilícito praticado pelo agente, não podendo ser do próprio tipo (...)”**. Desse modo, no âmbito das consequências do crime deve o magistrado sopesar as consequências concretas que vão para além do fato típico. *In casu*, o juízo sentenciante valorou o vetor consequências do crime com base em elementos comuns ao crime de em tela, *in verbis*: “as consequências extra penais foram drásticas, vez que a vítima possuía mulher e filhos menores que ficaram orfãos e desamparados”.

No que concerne às **circunstâncias do crime**, ensina **Ricardo Augusto Schmitt (Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática. Editora Jus Podivm. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada: p. 137-138), in verbis: “(...) entendem-se todos os elementos do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não definidos na lei penal. Compreendem, portanto, as singularidades do próprio fato que ao juiz cabe ponderar. Trata-se do modus operandi empregado na prática do delito. São**

elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como (...) o local da ação delituosa (...), as condições e o modo de agir (...)”.

No caso em comento, o juízo a quo valorou negativamente as **circunstâncias do crime** com base em fundamentação concreta, senão vejamos, *in verbis*: “as circunstâncias são desfavoráveis ao réu, vez que levou a vítima a local ermo, longe dos olhos de testemunhas, onde acabou sendo alvejada”. No presente caso, o apelante utilizou de artifício (reincio da briga) para atrair a vítima para o local do crime.

Fixadas as premissas acima, sob o influxo do **efeito devolutivo da sentença**, com base no **artigo 68 do Código Penal**, procederei à nova dosimetria da pena privativa de liberdade do recorrente, tendo em vista que algumas circunstâncias que o juízo de piso valorou negativamente, são na verdade normais ao tipo penal.

1ª fase: sob o ângulo das **circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Repressivo Patrio**, cumpre estipular a **pena-base** necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Quanto à **culpabilidade**, à vista dos elementos disponíveis nos autos, entendo que o comportamento do recorrente não excedeu o grau de reprovabilidade comum ao crime em tela, motivo pelo qual o vetor em apreciação merece **valoração neutra**.

Com base nos elementos coletados a respeito da **conduta social** do apelante através do depoimento das testemunhas, **valoro tal circunstância de maneira neutra**.

Os **antecedentes criminais**, segundo os ensinamentos doutrinários de **Rogério Greco (Curso de Direito Penal. Parte Geral. Volume I. 14ª Edição. Editora Impetus: p. 559)**, *in verbis*: “dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência (...)”. Dessarte, apenas as condenações com trânsito em julgado que sejam anteriores ao fato objeto da causa, desde que não sirvam para consubstanciar a reincidência, é que poderão ser utilizadas para exasperar a pena-base do patamar mínimo abstratamente cominado na lei, incidindo-se, ainda, o **enunciado constante da Súmula Nº 444 da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça**, segundo o qual, *in verbis*: “é vedada a utilização de inquiritos e ações penais em curso para agravar a pena-base”. *In casu*, não consta nos autos certidão de antecedentes do ora apelante.

Não existe nos autos qualquer elemento plausível para aferição da **personalidade do agente**, razão pela qual procedo à **valoração neutra** do vetor em exame.

Tangente aos **motivos do crime**, não foram coletados dados significativos, não extrapolando ao tipo penal testilhado, sendo imperiosa a **valoração neutra** da circunstância judicial epigrafada.

As **circunstâncias do crime** encontram-se relatadas nos autos, fugindo ao tipo penal configurado. Assim, procedo à **valoração negativa** da circunstância judicial em exame.

As **conseqüências do crime** não refogem ao que é comum ao crime em tela, sendo inviável proceder à valoração negativa de tal vetor. Nessa esteira, a circunstância inominada em enfoque merece **valoração neutra**.

O **comportamento da vítima** não pode ser valorado a favor ou contra o ora apelante, pois, a briga e que participou tanto a vítima quanto os denunciados não pode ser analisada como comportamento propício à prática do crime, razão pela qual **nada se tem a valorar**.

Em vista da valoração negativa de uma circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal analisadas individualmente, **fixo a pena-base em 13 (treze) anos de reclusão**.

Na 2ª fase, não reconheço circunstâncias agravantes e nem a existência de circunstâncias atenuantes. Desta forma mantêm-se a pena intermediária de **13 (treze) anos de reclusão**.

Na 3ª fase, não reconheço causas da diminuição e de aumento de pena, fixando a pena definitiva em **13 (treze) anos de reclusão em regime fechado**. Portanto, mantenho a pena no mesmo *quantum* fixado pelo magistrado de piso.

PEDIDO DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL

Requer ainda a defesa a realização da detração penal, sob o argumento de que os apelantes encontram-se preso desde o flagrante. Em que pese os fundamentos veiculados pela defesa técnica, a **detração penal** poderá ser realizada pelo **Juízo de Direito da Execução Penal**, nos moldes do **artigo 66, inciso III, alínea c, da Lei n.º 7.210/1984**, pois reúne melhores condições para aferir o real tempo total de cumprimento da prisão cautelar. Para melhor compreensão da matéria, confira-se o teor do dispositivo legal em referência:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...) III - decidir sobre: (...) c) detração e remição da pena (...).

Ademais, a análise da detração no presente caso em nada modificaria o regime inicial de cumprimento da pena fixado pelo magistrado de piso, portanto, deve ser analisada pelo juízo da execução penal.

No mesmo sentido é a jurisprudência dos Tribunais Patrios, incluindo esta Egrégia Corte, senão vejamos:

ROUBO CONSUMADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. TENTADO. INVIABILIDADE. FURTO PRIVILEGIADO. INAPLICABILIDADE. DETRAÇÃO. NÃO MODIFICAÇÃO. REGIME INICIAL. COMPETÊNCIA. JUÍZO DAS EXECUÇÕES. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PREQUESTIONAMENTO. (...) IV - **A detração a ser realizada pelo juiz de conhecimento, em observância à nova redação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, visa apenas à definição do regime inicial de cumprimento da pena. Assim, se o cômputo do período de prisão preventiva não ensejar qualquer alteração no regime prisional, a detração compete ao Juízo das Execuções.** (...) Recurso conhecido e desprovido. (TJ/DFT. Acórdão n.870645, 20140910188424APR, Relator: NILSONI DE FREITAS, Revisor: JOSO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 28/05/2015, Publicado no DJE: 03/06/2015. Pág.: 145) Grifo nosso.

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. Materialidade e autoria comprovadas. Apreensão de três tipos de drogas em local conhecido como ponto de tráfico, tendo sido observado pelos milicianos intenso movimento no local. Ausência de justificativa para o dinheiro apreendido, bem como inexistência de demonstração de enxerto da droga. Validade dos depoimentos dos policiais, que apresentaram relatos uniformes. Desnecessidade de ato de mercancia, já que se trata de crime de ação múltipla. Desclassificação para posse para uso próprio inviável, uma vez que o acusado - a par de não mencionar fazer uso de substância entorpecente - negou que a droga apreendida estivesse consigo. A pena de multa foi fixada no mínimo previsto em lei, tanto na quantidade de dias-multa como no valor de cada dia, observando no ponto as condições econômicas do réu, não havendo, portanto, razões para ser reduzida a pena acessória. **Detração. Não há modificação do regime de cumprimento da pena do réu**

mesmo detraindo-se o período de sua prisão cautelar, na forma do art. 387, §2º, do CPP, tendo em vista a reincidência do apelante e o quantum restante de reprimenda. Cabível a suspensão do pagamento das custas processuais, tendo em vista que a defesa do réu foi patrocinada pela Defensoria Pública. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TJ/RS. Apelação Crime Nº 70065408759, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 24/09/2015). Grifo nosso.

APELAÇÃO PENAL. ARTIGO 157, §2º, II, DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR. NULIDADE PROCESSUAL. PENA DE MULTA APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REJEIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA DE MULTA DEVE GUARDAR PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MÉRITO. DOSIMETRIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA NO PATAMAR MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE REDIMENSIONAMENTO DA DOSIMETRIA. NÃO OCORRÊNCIA. JUÍZO DE PISO VALOROU DE FORMA ESCORREITA AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. **DETRAÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.** RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR: Não se reconhece a alegada nulidade ante a aplicação da pena de multa pouco acima do mínimo legal eis que presente circunstância judicial desfavorável e a pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. MÉRITO: 2.1. Irresignação da defesa no que pertine a dosimetria da pena quanto ao critério adotado pelo magistrado de piso. 2.2. Pedido de fixação da pena base em seu patamar mínimo. Impossibilidade. Análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP valoradas corretamente pelo juízo a quo. 2.3. **Competência do juízo das execuções, nos termos do art. 66, III, c, da Lei de Execução Penal, devendo ser apreciada somente depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** 2.4. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime. (TJ/PA. Apelação Criminal 139444. Relatora: Juíza Convocada Nadja Cobra Meda. 1ª Câmara Criminal Isolada. Data da Publicação: 29/10/2014). Grifo nosso.

Desta feita, entendo que se o cômputo do período de prisão preventiva não ensejar qualquer alteração no regime prisional, a detração compete ao Juízo das Execuções.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do presente recurso de Apelação e, **NO MÉRITO,** **NEGO PROVIMENTO** à pretensão recursal, **porém apenas redimensiono a pena do apelante MIZIQUE EVANGELISTA FARIAS para 13 (treze) anos de reclusão,** mantendo-se as demais cominações da sentença.

✎ **como voto.**

Belém/PA, 17 de novembro de 2015.

Relatora Des.ª **Vera Araújo de Souza**
Desembargadora