AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.398.373 - RS (2018/0303489-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE	:	J G C DE A
ADVOGADOS	:	MARIO LUIS LIRIO CIPRIANI - RS039461 BRUNO SELIGMAN DE MENEZES - RS0063543 GABRIEL DA LUZ - RS076881 ADRIANO FARIAS PUERARI - RS088802
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA *B*, DO CÓDIGO PENAL. COMPENSAÇÃO ENTRE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N.os 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por J. G. C. DE A. contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que inadmitiu recurso especial, fundamentado no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, manifestado contra o acórdão prolatado na Apelação Criminal n.º 70076643774 (n.º CNJ: 0029589-03.2018.8.21.7000).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravante à pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2.º, inciso II, do Código Penal (fl. 601).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem negou provimento, nos termos da seguinte ementa (fl. 657):

APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO COM BASE NAS ALÍNEAS 'A', 'B', 'C' E 'D' DO INCISO III DO ART. 593 DA LEI PROCESSUAL PENAL. DOSIMETRIA. PENA REDIMENSIONADA.

a) Nulidade posterior à pronúncia. O feito teve tramitação regular. Não foi a matéria abordada em sede de razões recursais.

b) Decisão Contrária à Prova dos Autos. Na hipótese fática, os jurados entenderam que o réu matou a vítima por motivo fútil, uma vez que a vítima interviu em favor de Ana Lúcia, ex-companheira do réu, a qual estava prestes a ser agredida. O ofendido efetuou um disparo de arma de fogo para o alto, a fim de dispersar o réu, o qual, munido de uma faca, veio a golpeá-lo fatalmente. Assim, a conclusão dos jurados de que o réu foi o autor do fato não é contrária à prova dos autos. Não há elementos aptos a desamparar a decisão do Conselho de Sentença, que tem a soberania dos veredictos garantida expressamente no artigo 5°, inciso XXXVIII, alínea 'c', da Constituição Federal.

c) Contrariedade da Sentença à Lei. No tocante à hipótese contida na alínea 'b' do inciso III do art. 593 da Lei Processual Penal, de contrariedade da sentença do juiz-presidente à lei expressa, verifica-se que a sentença está em pleno acordo com a decisão dos Jurados Ademais, não foi a matéria abordada em sede de razões recursais.

d) Erro ou Injusta na Aplicação da Pena. A exasperação da pena-base em 01 (um) ano mostra-se proporcional, razoável e justa ao caso concreto, estando, inclusive, de acordo com os parâmetros da jurisprudência, pelo que não comporta, pois, qualquer redução. Mantida a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, §2°, 'a', do Código Penal, não havendo que se falar, pois, em erro ou injustiça na aplicação da pena, APELO DEFENSIVO DESPROVIDO."

Nas razões do recurso especial, alega a Defesa violação dos arts. 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal; bem como dos arts. 59 e 65, inciso III, alínea *c*, do Código Penal.

Pondera que, na hipótese, houve julgamento contrário à prova dos autos, na medida em que deflui da dinâmica dos fatos que o ora Agravante praticou a conduta sob o pálio da causa excludente de ilicitude atinente à legítima defesa.

Nesse ponto, alternativamente, pugna pelo reconhecimento da atenuante relativa à influência de violenta emoção.

Sustenta que não há fundamentação concreta para amparar a exasperação da pena-base em 1 (um) ano pelo desvalor atribuído às circunstâncias do crime. E, caso

assim não se entenda, requer a compensação entre a citada circunstância judicial e a participação da vítima.

Oferecidas contrarrazões (fls. 691-696), inadmitiu-se o recurso na origem (fls. 698-703), advindo o presente Agravo (fls. 706-720), contraminutado às fls. 726-730.

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento (fls. 741-743).

É o relatório.

Decido.

De plano, esclareço que as teses segundo as quais deve ser reconhecida a atenuante prevista na alínea *c* do inciso III do art. 65 do Código Penal, bem como a compensação entre as circunstâncias do crime e a pretensa participação da vítima, não foram analisadas pelo Tribunal *a quo*, nem foram objeto de embargos de declaração. Desse modo, carecem os temas do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual deixo de apreciá-los, a teor dos enunciados n.os 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente transcritos, *in verbis*:

> *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."*
>
> *"O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."*

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO IMPUGNOU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. OFENSA AOS ARTS. 44 DO CP E 155 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 386, IV E V, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA*

DESTA CORTE. OFENSA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 33, § 2º, 'C', DO CP. INOCORRÊNCIA. PENA DE 4 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

2. Os temas previstos nos artigos 44 do Código Penal e 155 do Código de Processo Penal não foram objeto de apreciação pela Corte de origem, tampouco foram opostos embargos de declaração para fins de prequestionamento dos pontos. Incidência dos enunciados n. 282 e n. 356, ambos da Súmula do STF.

[...]

7. Agravo regimental parcialmente conhecido, e nessa extensão, não provido." (AgInt no REsp 1.722.340/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe de 30/08/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO-FURTO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS CONTRA O APELO DEFENSIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. ENUNCIADOS N. 282 E 356/STF.

1. A tese relativa à ausência de intimação para o julgamento dos aclaratórios defensivos não foi examinada pelas instâncias de origem, não tendo sido opostos novos embargos de declaração para suscitar a apontada omissão, de modo que a aplicação das Súmulas 282 e 356/STF se torna inconteste.

[...]

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 696.540/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe de 24/08/2018.)

No que diz respeito à alegação de que, na espécie, ocorreu julgamento contrário à prova dos autos, o aresto atacado, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 662-663; sem grifos no original):

"[...] ***descabe falar,* in casu, *em decisão manifestamente contrária à prova dos autos***. *Explico.*

*A **argumentação defensiva** é a de que seja submetido o recorrente a novo julgamento, uma vez que **a situação fática somente ocorreu em virtude de intervenção indevida da vítima**, que armada, efetuou um disparo de arma de fogo para o alto, cerca de pelo menos 2 (dois) metros do acusado e da testemunha Ana.*

*Na hipótese fática, **os jurados entenderam que o réu matou a***

vítima por motivo fútil, uma vez que a vítima interviu em favor de Ana Lúcia, ex-companheira do réu, a qual estava prestes a ser agredida. O ofendido efetuou um disparo de arma de fogo para o alto, a fim de dispersar o réu, o qual, Munido de uma faca, veio a golpeá-lo fatalmente.

Assim, ***a conclusão dos jurados de que o réu foi o autor do fato não é contrária à prova dos autos****. Não há elementos aptos a desamparar a decisão do Conselho de Sentença, que tem a soberania dos veredictos garantida expressamente no artigo 59, inciso XXXVIII, alínea 'c', da Constituição Federal.*

Diante de tais provas, vai mantida a condenação."

Como se vê, o Tribunal *a quo*, soberano quanto à análise do acervo fático-probatório contido no caderno processual, concluiu que, na hipótese, não houve julgamento contrário à prova dos autos. Portanto, a inversão do julgado demandaria, necessariamente, revolver os fatos e provas pertinentes ao processo, o que encontra óbice na Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1) OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO IDÔNEA. 3) HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. ART. 121, § 1º, DO CP. MONTANTE DE REDUÇÃO DE PENA. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. SÚMULA 7/STJ. 4) JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. VIOLAÇÃO AO ART. 593, III, D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

5. O Tribunal de origem não constatou a ocorrência de julgamento contrário à prova dos autos, porquanto o Conselho de Sentença se convenceu pela tese da acusação que encontra respaldo probatório. O afastamento de tal conclusão demandaria o reexame fático-probatório, providência vedada pelo enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

6. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.041.612/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe de 16/03/2018.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. JULGAMENTO CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS. ANULAÇÃO DO DECRETO ABSOLUTÓRIO PELO TRIBUNAL A

QUO. *REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

1. Rever o entendimento externado pelo Tribunal a quo*, de que a sentença seria manifestamente contrária às provas dos autos, implicaria o necessário reexame do contexto fático probatório, o que não se admite na via do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.*

[...]

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 920.656/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe de 07/04/2017.)

No tocante à fixação da pena-base, o acórdão recorrido, mantendo a sentença, adotou os seguintes fundamentos (fls. 664-665; sem grifos no original):

"A alegação de erro ou injustiça na aplicação da pena, prevista na alínea 'c' do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, não merece prosperar.

A pena-base foi fixada em 13 (treze) de reclusão, ou seja, 01 ano acima do mínimo legal previsto à espécie (12 anos), por ter sido atribuído valor negativo as circunstâncias, ou seja, foi considerada uma circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal.

Dessa forma, considerando a existência de uma vetorial negativa, não poderia a pena, ser fixada no mínimo legal, como pretende a defesa.

Ademais, ***a fundamentação utilizada, para considerar desfavorável a circunstância 'eis que o réu ceifou a vida de seu vizinho, pessoa com quem há indicativos de que convivia harmonicamente, por ter este se intrometido em discussão conjugal', mostra-se coerente e correta no caso concreto.***

Destarte, a análise da basilar não merece qualquer alteração. ***O aumento operado de 01 (um) ano, baseado no vetor das circunstâncias do crime se mostra proporcional, razoável e justo ao caso concreto****, estando, inclusive, de acordo com os parâmetros da jurisprudência, pelo que não comporta, pois, qualquer redução. Confira-se a aplicação do mesmo patamar em casos análogos: Apelação Crime Nº 70073577504, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 13/07/2017; Apelação Crime Nº 70075324202, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 06/12/2017.*

Portanto, concluo no sentido de ser mantida a pena definitiva de 13 (treze) anos de reclusão, porquanto adequada a operacionalização do cálculo realizado no primeiro grau, como acima fundamentado. Subsiste, também, a eleição do regime inicial fechado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, §2°, 'a', do Código Penal, não havendo que se falar, pois, em erro ou injustiça na aplicação da pena."

É certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Na espécie, conforme se observa das transcrições anteriormente realizadas, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi suficientemente fundamentada, tendo sido declinados elementos que emprestaram à conduta do Agravante especial reprovabilidade que **não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal**, vinculados às circunstâncias do crime.

Desse modo, a exasperação das reprimendas foi devidamente justificada no citado vetor, que se afastou do normal à espécie.

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL. PENA SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS. REGIME FECHADO ADEQUADO AO CASO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.*
>
> [...]
>
> *II - A exasperação da pena na primeira fase da dosimetria do delito de homicídio tentado foi suficientemente justificada pelas circunstâncias do crime, que extrapolam as inerentes ao tipo penal e revelam maior desvalor das ações, pois, no caso, o recorrente praticou o homicídio tentado em estado de embriaguez, o que altera as suas condições normais psicomotoras, potencializando o perigo da conduta.*
>
> [...]
>
> *Agravo regimental desprovido."* (AgRg nos EDcl no AREsp 1.378.182/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe de 26/03/2019.)

> "HABEAS CORPUS. *HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E HOMICÍDIO CULPOSO. PENA-BASE. VÍCIO DE*

FUNDAMENTAÇÃO. AFASTAMENTO DA CULPABILIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DO CRIME. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DO ART. 65, III, 'D', DO CP. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 121, § 4°, DO CP. CARACTERIZAÇÃO. DIMINUIÇÃO MÁXIMA PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA CORRIGIR ILEGALIDADES NA DOSIMETRIA.

1. Por ocasião da análise das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, o órgão jurisdicional tem o dever de motivar, com lastro em elementos concretos dos autos, eventual elevação da pena-base.

2. O registro de elemento secundário mais grave da conduta, a denotar modus operandi *incomum do homicídio culposo e do homicídio qualificado tentado (elevado número de tiros), justifica a análise negativa das circunstâncias dos crimes.*

[...]

9. Ordem parcialmente concedida para afastar a consideração negativa das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP relacionadas às consequências dos crimes e à culpabilidade, reconhecer a confissão espontânea e diminuir a pena do crime de homicídio qualificado no grau máximo, em razão da tentativa." (HC 391.990/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe de 07/11/2018.)

Por fim, esclareço o aumento da pena-base não está adstrito a critérios matemáticos. No caso concreto, considerado o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito (12 a 30 anos de reclusão), não se verifica desproporcionalidade na exasperação da pena-base em 1 (um) ano acima do mínimo legal, diante da negativação das circunstâncias do crime.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. *HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO PROPORCIONAL. PRIMEIRO PACIENTE. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUPERAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS E INERENTES AO TIPO. SEGUNDO PACIENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA.* HABEAS CORPUS *DENEGADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO AO PRIMEIRO PACIENTE.*

1. Por ocasião da análise das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, o órgão jurisdicional tem o dever de motivar, com lastro em elementos concretos dos autos, eventual elevação da pena-base.

2. A sanção abstratamente cominada ao crime de homicídio

qualificado é de 12 a 30 anos de reclusão. O intervalo entre a pena mínima e a máxima é de 18 anos. No caso, a elevação da pena em 3 anos acima do mínimo legal - para cada vetorial do art. 59 do Código Penal sopesada em desfavor dos ora pacientes - não se mostra desproporcional ou desarrazoada.

[...]

4. Ordem denegada. Habeas corpus *concedido de ofício para reduzir a pena do primeiro paciente."* (HC 490.969/AC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe de 02/04/2019.)

"PENAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE.* WRIT *NÃO CONHECIDO.*

[...]

5. Considerando o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 para cada circunstância desfavorável, fazendo-o incidir sobre o intervalo de pena em abstrato previsto no preceito secundário do crime de homicídio qualificado (18 anos), chegar-se-ia ao acréscimo de 2 anos e 3 meses à pena mínima cominada pelo tipo penal por cada vetor desfavorável. Assim sendo, não há falar em desproporcionalidade no procedimento dosimétrico, pois, ao contrário do alegado pela impetrante, o Colegiado de origem processante mostrou-se benevolente com o réu, ao fixar a pena-base em 14 anos de reclusão, conquanto tenha reconhecido a presença de duas vetoriais desabonadoras.

6. Writ *não conhecido."* (HC 435.937/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora