

# *Superior Tribunal de Justiça*

## **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.472.960 - ES (2019/0092206-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**AGRAVANTE** : **ALBERTO BERTOLLO RIBEIRO**  
**ADVOGADOS** : **FRANCISCO DE ASSIS ARAÚJO HERKENHOFF - ES006590**  
 **ELISANGELA LEITE MELO - ES007782**  
 **FELIPE CAETANO FERREIRA - ES011142**  
**AGRAVADO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

### **DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por **ALBERTO BERTOLLO RIBEIRO** de decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso nas sanções do art. 121, §2º, II e IV, c/c 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 13 anos e 7 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 59, 68 todos do Código Penal e 619, 620 ambos do Código de Processo Penal, ao argumento de que houve omissão da Corte de origem pois "requereu indicasse a C. Câmara Criminal o trecho dos depoimentos que amparariam a tese ventilada em respeito inclusive ao princípio do contraditório e ampla defesa (Artigo 5º, LV, da CF/88), bem como ao princípio da dialeticidade. Além disso, a C. Câmara deixara de se manifestar sobre os itens II e III das razões de apelação, qual seja, o pedido de provimento do recurso de apelação para sujeitar o apelante a novo julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos no que se refere às qualificadoras previstas nos incisos II e IV do §2º do Artigo 121 do Código Penal" (e-STJ, fls. 745) e ainda sobre a fixação da pena-base no tocante as circunstâncias judiciais.

Aduz que "a r. sentença limitou-se a valorar de forma expressa e negativamente a culpabilidade e consequências do crime, chegando a mencionar a existência de processos anteriores sem apontar que isso importaria em valoração negativa da circunstância judicial de maus antecedentes."

Defende que "em que pese tenha sido dado provimento ao pedido de consideração da atenuante de confissão, a redução da pena ocorreu em apenas 1/12 sem qualquer fundamentação a sustentar fração tão reduzida" (e-STJ, fl. 745).

Requer o provimento do recurso para que seja provido o recurso e determinado novo julgamento ou a redução da pena do recorrente.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 766-769), o recurso foi inadmitido com fundamento na Súmula 7 do STJ (e-STJ, fls. 775-777). Daí este agravo (e-STJ, fls. 790-805).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ, fls. 891-898).

**É o relatório. '**

Decido.

Dispõe o Código de Processo Penal:

# *Superior Tribunal de Justiça*

"Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão."

Para admissão do recurso especial com base no art. 619 do Código de Processo Penal, a omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição devem ser notórias, ou seja, são imprescindíveis para o enfrentamento da questão nas Cortes superiores. Não se prestam, portanto, para a revisão dos julgados no caso de mero inconformismo da parte.

No caso dos autos, observa-se que a matéria tida por omissa foi satisfatoriamente examinada pelo Tribunal de origem, não havendo falar em contrariedade aos artigos supra mencionados.

O Tribunal Estadual ao analisar se a decisão dos jurados era manifestamente contrária à prova dos autos, assim se manifestou:

"Primeiramente, aponta a nulidade do julgamento eis que a Decisão dos jurados seria manifestamente contrária à prova dos autos no que se refere ao afastamento da tese de legítima defesa.

Ocorre que, compulsando os termos da Ata de Julgamento, verifico não constar qualquer formulação de quesito referente à causa excludente de ilicitude de legítima defesa, sendo que o magistrado, após consultar aos jurados se estavam habilitados a julgar a causa e recebendo resposta positiva, "o(a) M.M. Juiz Presidente procedeu a leitura dos quesitos a serem postos em votação indagando ao MP e a Defesa se desejavam fazer algum requerimento ou reclamação acerca dos quesitos formulados, e nada requereram".

Importante ressaltar que a jurisprudência da Corte Superior de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que a ausência de protesto no momento oportuno, quanto aos quesitos formulados, acarreta preclusão.

[...]

De qualquer modo, passo à análise da alegação de o não acolhimento da tese de legítima defesa importaria em decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Importante observar que, consoante doutrina e jurisprudência pacíficas, somente será considerada decisão manifestamente contrária à prova dos autos aquela em que os jurados deliberarem de forma completamente destoante dos elementos probatórios contidos na ação penal, em respeito ao Princípio da Soberania dos Vereditos do Tribunal Popular do Júri.

Nesse contexto, "Defrontando-se o corpo de jurados com versões distintas, atua soberanamente na escolha de uma delas, não se podendo concluir por condenação manifestamente contrária à prova coligida" (HC 107420, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 08-05-2017 PUBLIC 09-05-2017) .

Compulsando os autos, verifico que **a decisão dos jurados, longe de contrariar a prova do processo, se ajusta a uma das versões**

constante nos autos, qual seja, a tese acusatória de que o réu, após uma briga com a vítima, já em momento posterior, enquanto esta se encontrava de costas, desferiu diversos disparos de arma de fogo, somente não atingindo seu *animus necandi* por motivos alheios a sua vontade.

Ora, após leitura dos autos extrai-se lastro probatório para a versão adotada pelo Conselho de Sentença com base nas confissões parciais do réu na esfera policial (fls. 44/45) e interrogatório judicial de fls. 401/403, depoimentos prestado pela testemunha ocular Eduardo Antônio de Souza (fls. 328), apontando elementos para versão de puro *animus necandi* ou de, no mínimo, possível excesso exculpante, teses estas suficientes para a resposta negativa ao quesito nº 04, qual seja “o jurado absolve o acusado ALBERTO BERTOLLO RIBEIRO”. [...]

Diante do exposto, entendo que não merece ser acolhida a tese recursal, merecendo observar que o advérbio “manifestamente”, constante do artigo 593, inciso III, alínea “d” do Código de Processo Penal, autoriza os jurados a apoiarem-se em qualquer prova dos autos, inclusive inquisitorial, não cabendo questionar se tal prova é melhor ou se foi corretamente valorada. Basta que a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, acolhendo uma das versões dos autos, se apoie em alguma prova existente nos autos, como se deu no caso (STF-Tribunal Pleno, AO-ED 1.047/RR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 19/12/2008, DJe 06/03/2009).

Desse modo, diante do que foi colhido durante a persecução penal e o que foi apresentado pelas partes no Plenário do Júri, **não há elementos nos autos que demonstrem que os Jurados optaram por versão inexistente ou manifestamente contrária ao acervo probante, tendo respaldo mínimo e coerente nos autos para a decisão de condenar a apelante pela prática do homicídio qualificado tentado, com afastamento da tese de legítima defesa.**

A mesma conclusão deve ser alcançada em relação às qualificadoras, na medida em que as provas testemunhais respaldam a versão acusatória de que o crime foi cometido por motivo fútil, diante da desproporcionalidade da conduta do apelante de solucionar uma discussão de bar mediante o “descarregamento” da arma de fogo em face da vítima, e com recurso que dificultou a defesa da vítima, eis que encontrava-se embriagada e desarmada, sendo surpreendida pelos disparos” (e-STJ, fls. 707-712, grifou-se).

Com efeito, não foi acolhida a tese de legítima defesa e mantidas as qualificadoras de motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima, na medida em que a Corte de origem aponta que a decisão do Conselho de Sentença está em consonância com o conjunto probatório, em especial pela confissão parcial do agravante, seu interrogatório judicial e diante do depoimento prestado por testemunha que presenciou o crime Sr. Eduardo.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Nesse contexto, a alteração do julgado no sentido de modificar o veredicto dos jurados, sob o argumento de que foi proferido contrariamente às provas dos autos ou inconsistência das qualificadoras, demandaria necessariamente nova incursão no acervo fático e probatório dos autos, providência inviável nesta via especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ.

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE PROVAS QUE PERMITEM A ADOÇÃO DE QUALQUER DAS TESES SUSTENTADAS PELAS PARTES. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. REVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Existindo elementos de prova que permitam aos jurados a adoção de qualquer das teses sustentadas pelas partes, descabe a anulação do julgado por decisão manifestamente contrária à prova dos autos.
2. Rever a conclusão do Tribunal de origem, acolhendo-se a tese de insuficiência probatória, demandaria o confronto do veredito do Conselho de Sentença com os fatos e provas dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7 desta Corte.
3. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1306327/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 04/12/2018).

"[...]

TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. AFASTAMENTO DAS PREMISSAS DO JULGADO. MOTIVO FÚTIL. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Na hipótese, o Tribunal de origem, soberano na análise dos elementos fáticos da lide, entendeu que o Conselho de Sentença não decidiu manifestamente em confronto com as provas dos autos, tendo simplesmente optado por uma das versões apresentadas em plenário. Ou seja, o Tribunal do Júri entendeu que não houve a comprovação da legítima defesa, e que o crime foi cometido por motivo fútil, porque precedido de um desentendimento entre réu e vítima por causa de uma partida de sinuca.
2. Para que fosse possível o afastamento dos fundamentos do aresto objurgado para fins de acolhimento da pretensão recursal seria imprescindível o reexame de provas, o que é defeso no âmbito do recurso especial, ante a previsão contida na Súmula n. 7 desta Corte .
3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 592.705/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018).

No tocante à dosimetria da pena o acórdão combatido dispôs:

"A defesa sustenta que carecem de fundamentação a desvalorização das circunstâncias judiciais, que deveria ter sido reconhecida a atenuante da confissão.

Na primeira fase da dosimetria, verifico que foram consideradas desfavoráveis ao réu dentre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a da culpabilidade do réu, dos antecedentes e das consequências do crime.

O julgamento da culpabilidade deve se fundamentar em elementos concretos dos autos, sendo descabido em tal atividade judicante a utilização de expressões genéricas, inerente ao próprio tipo penal.

A respeito dessa circunstância, o Colendo STJ já decidiu que "a circunstância judicial da culpabilidade se define a partir da concepção de que o réu tem liberdade para agir, e poderia ter escolhido o respeito ao justo e assim não o fez. A medida da culpabilidade está relacionada ao grau de censurabilidade da conduta a partir dos elementos concretos disponíveis no caso em apreço" (STJ, (AgRg no AREsp 1145434/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017). Ademais, é "possível a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade com base em elementos concretos e objetivos, constantes dos autos, que demonstrem que o comportamento da condenada é merecedor de maior reprovabilidade, de maneira a restar caracterizado que a conduta delituosa extrapolou os limites naturais próprios à execução do crime" (AgRg no AREsp n. 781.997/PE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 1º/2/2016).

Como bem asseverado pelo magistrado, "extremamente reprovada sua conduta, tendo demonstrado grande desapego à vida humana e, claramente, que tinha total consciência da reprovabilidade do seu comportamento, e tanto se torna mais grave **diante da informação de que foi atrás da vítima após ela sair do bar e quando se verifica ter descarregado o tambor da arma de fogo que portava contra a vítima, o que evidencia a intensidade do dolo com que agiu**".

Verifico que, de fato, o apelante **possui maus antecedentes, eis que condenado, com trânsito em julgado, por outros dois homicídios, praticados anteriormente aos fatos narrados nestes autos**, conforme Guias de Execução de fl. 481. Ressalto que a Corte Superior já firmou entendimento no sentido de que "não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou personalidade do agente. Entrementes, plenamente viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela, seja utilizada como circunstância judicial negativa" (HC 182.258/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 08/11/2016).

No que tange às consequências do delito, é o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico, o que de fato restou fundamentado

# *Superior Tribunal de Justiça*

nos autos, eis que **“a vítima ficou incapacitada para suas ocupações habituais por mais de trinta dias, conforme laudo de fls. 120”**.

Desse modo, o MM. Juiz sentenciante corretamente fixou a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, o que não merece censura.

No que tange à atenuante da confissão, o magistrado afastou-a por entender que a “confissão qualificada” no âmbito do Tribunal do Júri não serviria para atenuar a pena, eis que “não se sabe se levaram ou não em consideração a confissão”.

Entretanto, é em sentido diverso a firme jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Desse modo, deve ser reconhecida a atenuante da confissão. Ressalto que foi

reconhecida a agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea “c” do CPB, porém, nos termos do art. 67 do CPB e de acordo com posicionamento do C. STJ, tal atenuante, por se referir à personalidade do agente, prepondera sobre a agravante reconhecida, de modo que reduziu a pena em 1/12, fixando-a, na segunda fase, em 16 (dezesseis) anos de reclusão.

Diante da causa de diminuição da tentativa, mantida a fração de 1/3, e não restando presentes causas de aumento, fixo a reprimenda definitiva em 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Por fim, no que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, correta a fixação do regime fechado na forma do art. 33, §2º do Código Penal, considerando a pena superior a 8 (oito) anos.

Por todo o exposto, CONHEÇO do Apelo e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, apenas para reduzir a pena e fixá-la, definitivamente em 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantendo os demais termos da Sentença. É como voto" (e-STJ, fls. 713-716, grifou-se).

Como é cediço, a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura 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.

O fato de o agravante " ter descarregado o tambor da arma de fogo que portava contra a vítima" denotam maior reprovabilidade e deve ser mantido em seu desfavor.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base.

# Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, o Tribunal pontuou que o agravante "possui maus antecedentes, eis que condenado, com trânsito em julgado, por outros dois homicídios, praticados anteriormente aos fatos narrados nestes autos, conforme Guias de Execução de fl. 481." Nesse passo, plenamente configurados os maus antecedentes do réu.

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escoreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal.

A incapacitação da vítima apontada pelas instâncias ordinárias é capaz de macular a reprimenda não havendo violação legal a ser reparada.

No tocante à segunda fase da dosimetria, este Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que a confissão espontânea (Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT) e a menoridade relativa, sendo atributos da personalidade do agente, são igualmente preponderantes com a reincidência e os motivos do delito, consoante disposto no art. 67 do Código Penal.

A propósito:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. NULIDADES. O TRIBUNAL A *QUO* AFIRMOU QUE O LIBELO FOI ENTREGUE AO RÉU. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. PROMOTOR QUE DISTRIBUIU AOS JURADOS PEÇAS DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. NÃO CONSTITUI FATO NOVO. QUESITAÇÃO. COMPLEXIDADE. OBSCURIDADE. MATÉRIA NÃO REGISTRADA EM ATA DE JULGAMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. COMPENSAÇÃO ENTRE AS ATENUANTES E A AGRAVANTE.

1. Modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado para concluir que o réu não recebeu cópia do libelo, como pretendido, exigiria a incursão no conjunto fático-probatório dos autos.

2. Não houve prejuízo à isonomia entre as partes no ato de entregar aos jurados cópia de peças processuais, uma vez que foram distribuídas cópias de folhas que já constavam dos autos. No mais, não se tratando de documento novo, não incide in casu a regra do atual art. 479 e antigo art. 475 do Código de Processo Penal e, por isso, não existe óbice algum.

3. No Tribunal do Júri, a alegação de nulidade por vício na quesitação deverá ser feita após a leitura dos quesitos e explicação dos critérios pelo Juiz presidente, o que não ocorreu na espécie.

**4. Ilegalidade flagrante, pois as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea preponderaram sobre a agravante do recurso que dificultou a defesa da vítima, o que enseja a compensação destas.**

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. Habeas corpus concedido de ofício." (REsp 1445392/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/6/2016, DJe 27/6/2016, grifou-se).

# Superior Tribunal de Justiça

Na hipótese dos autos, a Corte de origem preponderou a atenuante da confissão espontânea sobre a agravante do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, malgrado a jurisprudência desta Corte reconheça que a atenuante da confissão espontânea, por dizer respeito à personalidade do réu, deve ser entendida como igualmente preponderante com os motivos do crime.

Assim, o cálculo mostrou-se benevolente com o réu devendo ser mantida em respeito à regra *non reformatio in pejus*.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC c/c art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator

