

RECURSO ESPECIAL Nº 1.831.776 - RS (2019/0240112-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **MARCIANO ZAMFONATTO (PRESO)**
ADVOGADOS : **RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676**
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – MPE com fundamento na alínea "a" do inc. III do art. 105 da Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS.

Consta dos autos que o recorrido foi pronunciado pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, II e IV, na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal – CP (homicídio qualificado tentado).

A Defesa interpôs recurso em sentido estrito que foi parcialmente provido, por maioria, para afastar a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima (fls. 143/155). O acórdão ficou assim ementado:

“RSE. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Se mesmo a impronúncia é decisão excepcional, um rigor muito maior é exigido para a desclassificação, que não requer apenas a insuficiência de indícios, mas que absolutamente todo e qualquer elemento contido nos autos aponte para a ausência de animus necandi. Caso concreto em que não há prova estreme de dúvida acerca da ausência do dolo de matar. QUALIFICADORAS. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA VERIFICADA. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. A superioridade de forças é uma condição, e não um recurso empregado pelo agente, assim como o fato de estar portando uma arma de fogo não torna sua conduta mais insidiosa que o natural para um crime doloso contra a vida. Logo, tais circunstâncias não servem para configurar a circunstância do inciso IV do § 2º do art. 121 do CP. MOTIVO FÚTIL. Não havendo como afirmar que a qualificadora se apresenta manifestamente improcedente, merece ser levada para apreciação do Conselho de Sentença, a quem compete a análise detalhada da situação. Vencido o Relator. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA.”

Opostos embargos infringentes, foram os mesmos providos, nos termos de acórdão que recebeu a seguinte ementa (fls. 183/192):

EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. VOTO VENCIDO PELO AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL. ENTENDIMENTO QUE DEVE PREVALECER. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO EXPRESSA, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE UM EFETIVO MOTIVO ENSEJADOR DO DELITO. MANIFESTA, IMPROCEDÊNCIA. Embargos acolhidos. Por maioria.

Os embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente foram desacolhidos (fls. 211/214).

Em sede de recurso especial, o MPE alegou violação aos artigos 121, § 2º, II, do CP, e aos artigos 74, § 1º, e 413, *caput*, § 1º, ambos do Código de Processo Penal – CPP, porquanto o Tribunal de origem afastou a qualificadora do motivo fútil, entendendo que a não demonstração detalhada, na denúncia, de prévio desentendimento entre autor e vítima, por si só, afasta a incidência da referida circunstância. Aduz que a qualificadora só poderia ser afastada se manifestamente improcedente. Requer o restabelecimento da qualificadora na pronúncia.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 238/243.

Admitido o recurso (fls. 245/253), os autos vieram a esta Corte.

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo provimento do recurso (fls. 266/273).

É o relatório. Decido.

O recurso merece provimento.

A respeito da incidência da qualificadora em questão, asseverou o Juízo monocrático (fl. 115):

“Da mesma forma, a qualificadora do motivo fútil há de ser levada à apreciação do Conselho de Sentença, haja vista os relatos das testemunhas, dando conta que o motivo do crime teria sido uma discussão do réu com a esposa da vítima, situação essa que não permite arrear de plano a qualificadora em apreço nessa fase processual, cabendo tal análise ao Conselho de Sentença.”

Em sede de embargos infringentes, o Tribunal *a quo* reformou a sentença de pronúncia, para excluir a qualificadora do motivo fútil, com os seguintes fundamentos:

“Note-se que a exordial acusatória se limita a descrever que o crime teria sido praticado em função de desentendimento entre o acusado e a esposa da vítima, no entanto deixa de indicar, concretamente, em que consistiria esse desentendimento.

Assim, ante o não apontamento de um específico motivo ensejador do delito, resta manifestamente improcedente a qualificadora veiculada na denúncia, consoante bem exposto no voto do Des. Mello Guimarães:

“(•••) é sabido que desentendimentos, por si só, não caracterizam futilidade; é o seu teor que vai possibilitar a conclusão de serem, ou não, altamente desproporcionais à conduta delitiva.

De fato, supondo-se a existência de um desentendimento que envolve inimizade consolidada ou agressões físicas, por exemplo, ou mesmo um desentendimento surgido de ofensas altamente desonrosas, caluniosas, infames etc., a situação é perfeitamente apta a ensejar revolta no homem médio, excluindo, conseqüentemente, a futilidade - que exige a ocorrência de algo mínimo, banal, mesquinho, para restar configurada.

Ademais, se por um lado um desentendimento pode decorrer de algo banal, por outro, pode também advir de algo abjeto (tráfico de drogas, por exemplo) ou, até mesmo, de alguma provocação injusta da parte contrária.

Logo, assim como pode configurar qualificadora da futilidade, desentendimento anterior a fato também pode caracterizar um motivo meramente injusto (não qualificado), um motivo torpe ou mesmo um privilégio; tudo vai depender, inevitavelmente, do seu teor.

Ai, portanto, a importância de a denúncia descrever o motivo do desentendimento que dá causa ao homicídio: se esse não é conhecido, não se pode dizer que o crime seja torpe, fútil, não qualificado ou mesmo privilegiado. E, vale lembrar, só o que é narrado contra o réu possibilita sua plena defesa.

A verdade é que, ao menos na grande maioria das vezes, a denúncia não narra o teor de “desentendimentos” ou “desavenças” tachadas como fúteis não por simples inépcia, mas sim porque isso é tão controvertido, ou mesmo desconhecido, que seria impossível narrar. Então, simplesmente afirma-se (como se fosse possível) que a existência de prévio desentendimento é, em si, algo fútil.

Seja como for, por pura inépcia, por impossibilidade de se prestar maior esclarecimento ou por estratégia do órgão acusatório, o certo é que, não vindo o desentendimento minimamente esclarecido e

narrado na denúncia do caso em tela, sua admissão como motivo fútil é inviável, pois manifesta, nos termos acima já analisados, é sua improcedência."

No entanto, nos termos do entendimento sedimentado nesta Corte, "*em respeito ao princípio do juiz natural, somente é cabível a exclusão das qualificadoras na decisão de pronúncia quando manifestamente descabidas, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença*" (RHC 63.880/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/03/2016).

Os autos não tratam, contudo, desta hipótese, devendo o acórdão recorrido ser reformado, pois não há como subtrair-se do Conselho de Sentença o exame da qualificadora em discussão, sob pena de usurpação de sua competência constitucional.

A respeito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. HOMICÍDIO NO TRÂNSITO. 1. OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO. PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. 2. INDEFERIMENTO DE OITIVA DA VÍTIMA HOSPITALIZADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ELEMENTOS INDICIÁRIOS. 4. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE. 5. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS DO ART. 619 DO CPP. 6. COEXISTÊNCIA DE DOLO EVENTUAL COM QUALIFICADORAS - MEIO CRUEL E MOTIVO FÚTIL. 7. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1.1. A suposta violação dos arts. 156, II, e 402 do Código de Processo Penal não foi apreciada pelo Tribunal a quo, por se tratar de inovação recursal.

1.2. O processo é produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, onde todos devem buscar a justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto.

1.3. A produção de prova testemunhal de ofício está ligada aos princípios da verdade real, do impulso oficial e da persuasão racional (livre convencimento motivado). O juiz pode entender pela necessidade de produção de prova essencial ao esclarecimento da verdade, em nítido caráter complementar.

2.1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em regra, salvo situação excepcionalíssima, não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de

diligências, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada (ut, AgRg no AREsp 1082788/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 15/12/2017) 2.2. No caso, a oitiva da vítima, além de ter sido requerida pelo MP, foi indeferida por ausência de previsão acerca da alta hospitalar e para evitar o agravamento de seu quadro clínico.

3.1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é admissível o uso do inquérito policial como parâmetro de aferição dos indícios de autoria imprescindíveis à pronúncia, sem que isto represente violação ou negativa de vigência ao art. 155 do CPP.

3.2. Ademais, na hipótese, o Magistrado de primeiro grau fundamentou a existência de indícios de autoria nos depoimentos testemunhais e no interrogatório do réu.

4.1. O pleito defensivo de desclassificação da conduta/impronúncia encontra óbice na impossibilidade de revolvimento do material fático-probatório dos autos em sede de recurso especial, a teor da Súm. n. 7/STJ. Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em comportamentos humanos voluntários praticados no trânsito.

5.1. A jurisprudência desta Corte é uníssona ao afirmar que mesmo os recursos que pretendem o prequestionamento de tema constitucional demandam a demonstração concomitante da existência de um dos vícios do art. 619 do CPP, o que incorreu no caso dos autos.

6.1. Inexiste incompatibilidade entre o dolo eventual e o reconhecimento do meio cruel para a consecução da ação, na medida em que o dolo do agente, direto ou indireto, não exclui a possibilidade de a prática delitiva envolver o emprego de meio mais reprovável, como veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel [...] (art. 121, § 2º, inciso III, do CP).

6.2. A anterior discussão entre autor e vítima não é suficiente para afastar a qualificadora do motivo fútil, cuja incidência é possível, ainda que se trate de dolo eventual.

7.1. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1573829/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 13/05/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DA DEFESA PROVIDO. DECOTE DE QUALIFICADORA DE MOTIVO FÚTIL. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DA QUALIFICADORA DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

A discussão anterior entre autor e vítima pode ser causa

Superior Tribunal de Justiça

legítima a afastar a qualificadora do motivo fútil. Contudo, isso irá depender do motivo da discussão, de suas circunstâncias, palavras utilizadas, possíveis ofensas irrogadas, de modo que somente as peculiaridades poderão evidenciar a configuração da futilidade. Desse modo, a discussão, por si só, como apontada no voto condutor, não é suficiente para, nesta fase preliminar do feito, decotar a qualificadora.

Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1335759/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inc. V, alínea “a”, do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de pronúncia, no que toca à qualificadora prevista no inc. IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator