



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.308.394 - ES (2018/0141402-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : NILTON ALMEIDA NOGUEIRA JUNIOR
ADVOGADO : FREDERICO POZZATTI DE SOUZA E OUTRO(S) - ES019811
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. APELAÇÃO DESPROVIDA. DOSIMETRIA MANTIDA POR MAIORIA. VOTO VENCIDO QUE DIMINUÍA A PENA APLICADA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 207/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Para o conhecimento do Recurso Especial é imprescindível o esgotamento das instâncias ordinárias, circunstância não verificada na espécie por não ter o recorrente oposto embargos infringentes e de nulidade contra a parte não unânime do julgamento do seu recurso de apelação. Incidência da Súmula n. 207/STJ.

2. A pretensão de se obter *habeas corpus* de ofício para que, superando vício procedimental na interposição de seu recurso, este Tribunal Superior examine o mérito da causa, mostra-se, por certo, imprópria e inadequada na presente via.

TENTATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO EM 1/3. DECISÃO MOTIVADA. PLEITO PARA AUMENTAR O PATAMAR APLICADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Verificando-se que o *quantum* fixado, em razão da prática do delito de homicídio na modalidade tentada, foi fundamentado no *iter criminis* percorrido pelo agente, que efetuou mais de um disparo contra a vítima, só não concluindo seu intento de matar em razão do socorro prestado, inviável a alteração da fração de redução, porquanto demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, inadmissível na via estreita do especial, conforme entendimento expresso na Súmula n. 7 do STJ.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2018(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.308.394 - ES (2018/0141402-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : NILTON ALMEIDA NOGUEIRA JUNIOR
ADVOGADO : FREDERICO POZZATTI DE SOUZA E OUTRO(S) - ES019811
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por NILTON ALMEIDA NOGUEIRA JUNIOR contra decisão desta Relatoria, que conheceu do agravo para não conhecer do Recurso Especial apresentado.

Sustenta o agravante, em síntese, a ocorrência de manifesta ilegalidade na dosimetria da pena, pois o Tribunal de origem, por maioria, não reconheceu a preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante do perigo comum.

Aduz que, apesar de não terem sido opostos embargos infringentes, é possível a concessão de *habeas corpus* de ofício para redimensionar a sanção.

Pleiteia, ainda, a aplicação da causa de diminuição de pena referente à tentativa na fração de 1/2, sob o argumento de que "*o fato não resultou perigo de vida para a vítima*".

Requer a reconsideração da decisão ou o encaminhamento da insurgência ao Colegiado, para que a pretensão recursal seja analisada e provida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.308.394 - ES (2018/0141402-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo regimental, passa-se à análise do mérito da insurgência.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 12 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e III, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal porque, nos termos da inicial acusatória:

"FATO 01

No dia 01 de janeiro de 2014, por volta das 5h, no píer de Iemanjá, localizado no início da Praia de Camburi, no bairro Jardim da Penha, nesta Capital, o denunciado, imbuído de animus necandi, mediante disparos de arma de fogo (apreendida à fl. 28), deu início ao ato de matar a vítima LEVINKS TEIXEIRA PEREIRA, provocando-lhe as lesões descritas no laudo do exame de lesões corporais de fl. 77.

A consumação do delito somente não se efetivou por circunstâncias alheias à vontade do denunciado, eis que a vítima foi socorrida, recebendo eficaz atendimento médico.

Na ocasião, o denunciado, alcoolizado, começou a disparar contra a vítima, por ter sido repreendido em seu comportamento, após uma discussão que teve com outras pessoas presentes no local.

O crime foi praticado por motivo fútil, pois decorreu de uma discussão que o denunciado teve com outras pessoas presentes no local.

O modo de execução do crime gerou perigo comum, uma vez que o denunciado, sob efeito de bebida alcóolica, descarregou sua arma em um local com grande aglomeração de pessoas, gerando perigo de atingir as várias outras pessoas que estavam no local.

FATO 02

Nas mesmas condições de tempo e local do primeiro fato, o denunciado, mediante disparos de arma de fogo (apreendida à fl. 28), deu início ao ato de matar LEVINKS, todavia, por erro na execução, atingiu a vítima ANDRÉA FONSECA DE CARVALHO, causando-lhe as lesões descritas no laudo do exame de lesões corporais de fl. 78.

A consumação do delito somente não se efetivou por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias alheias à vontade do denunciado, eis que a vítima não foi atingida em órgãos vitais, sendo socorrida e recebendo eficaz atendimento médico.

O crime foi praticado por motivo fútil, pois decorreu de uma discussão que o denunciado teve com outras pessoas presentes no local.

O modo de execução do crime gerou perigo comum, uma vez que o denunciado, sob efeito de bebida alcóolica, descarregou sua arma em um local com grande aglomeração de pessoas, gerando perigo de atingir as várias outras pessoas que estavam no local." (e-STJ, fls. 1/2)

Inconformada, a defesa apelou perante a Corte Estadual, a qual, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso a fim de redimensionar a pena para 11 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mantidos os demais termos do édito condenatório.

Interposto Recurso Especial com fulcro na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, este não foi admitido pela instância de origem, o que deu ensejo à apresentação do respectivo agravo, no qual a defesa sustentou que o óbice indicado na decisão objurgada não incidiria na hipótese dos autos.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do agravo e não seguimento do apelo nobre.

Por decisão desta Relatoria o agravo foi conhecido para não conhecer do Recurso Especial apresentado, ante a incidência dos óbices das Súmulas ns. 207 e 7 desta Corte.

Daí a interposição do presente regimental.

A irresignação, porém, não merece prosperar.

Inicialmente, no que se refere ao pleito de prevalência ou compensação da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante do perigo comum, cumpre observar que para o conhecimento do Recurso Especial é imprescindível o esgotamento das instâncias ordinárias, circunstância não verificada na espécie, por não ter o recorrente oposto embargos infringentes e de nulidade contra a parte não unânime do julgamento do seu recurso de apelação.

Com efeito, tendo o Tribunal *a quo*, por maioria, rejeitado a pleito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderância da atenuante sobre a agravante, eram cabíveis embargos infringentes e de nulidade para fazer prevalecer o entendimento favorável ao réu, nos termos do artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, *litteris*:

Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

A questão está sumulada no âmbito desta Corte, no Enunciado n. 207, segundo o qual *"É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem."*

A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALEGADA OFENSA AO ART. 619 DO CPP. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. JULGAMENTO CONTRÁRIO AOS INTERESSES DA PARTE. AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVAS EM AUDIÊNCIA. RAZÕES DISSOCIADAS E QUE NÃO IMPUGNAM OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO. SÚMULA 284/STF. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO UNÂNIME. AUSÊNCIA DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA 207/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR PROVIMENTO.

[...]

VI - A questão relativa à possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos não foi objeto de decisão unânime pelo eg. Tribunal de origem, razão pela qual caberia a oposição de embargos infringentes e de nulidade (art. 609, parágrafo único, do CPP). Diante da ausência de apresentação do recurso mencionado, não houve o exaurimento da instância a quo, atraindo a incidência da Súmula 207/STJ.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1262008/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO CONHECIDO. ACÓRDÃO PROFERIDO POR MAIORIA DE VOTOS. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA N. 207 DO STJ. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. Nos termos da Súmula n. 207 do STJ, "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de origem".

3. No caso dos autos, não houve o devido esgotamento de instâncias, uma vez que o recorrente não opôs embargos infringentes contra o acórdão recorrido, que foi aprovado por maioria de votos desfavoráveis ao réu.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1622169/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

Ademais, esta Corte Superior entende que não é cabível a pretensão de se obter *habeas corpus* de ofício para que, superando vício procedimental na interposição do recurso, este Sodalício examine o mérito da causa, razão pela qual não há que se falar na análise de tal pretensão na via eleita.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. ERESP 961.863/RS. PLEITO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. "A pretensão de se obter habeas corpus de ofício para que, superando vício procedimental na interposição de seu recurso, este Tribunal Superior examine o mérito da causa, mostra-se, por certo, imprópria e inadequada na presente via". (AgRg no Ag 1341705/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2013).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1716275/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ÓBICE APLICÁVEL À MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. REDISCUSSÃO EM SEDE DE ACLARATÓRIOS DE MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DECIDIDA. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

[...]

3. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, imprópria e inadequada "a pretensão de se obter habeas corpus de ofício para que, superando vício procedimental na interposição de seu recurso, este Tribunal Superior examine o mérito da causa". (AgRg no Ag 1341705/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2013).

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no REsp 1417392/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/08/2015, DJe 17/08/2015)

Com relação à pretendida redução pela tentativa, o Tribunal a quo consignou que *"o acusado percorreu consideravelmente o iter criminis, a ponto de atingir a vítima mais de uma vez, somente não a matando ante ao socorro efetuado à ele."* (e-STJ, fl. 1.166)

Registre-se relevante ensinamento doutrinário que defende que *"quanto mais próximo o agente chegar à consumação da infração penal, menor será o percentual de redução; ao contrário, quanto mais distante o agente permanecer da consumação do crime, maior será a redução"* (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Ímpetus, 2007. p. 263).

In casu, verifica-se que o *quantum* foi fundamentado em consonância com a considerável jornada executória percorrida pelo agravante, que efetuou mais de um disparo contra a vítima, só não concluindo seu intento de matar em razão do socorro prestado.

A par dos fundamentos apresentados, inviável o afastamento do patamar aplicado, uma vez que, para se concluir de maneira diversa, haveria a necessidade de minucioso exame dos autos, no que diz respeito ao fato criminoso e às suas circunstâncias, o que não se pode realizar na via especial, tendo em vista ser descabido, em sua via estrita, o amplo reexame do elenco probatório colhido nos autos, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

Confiram-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. TENTATIVA. ESCOLHA DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO. ANÁLISE DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

[...]

III - Quanto à fração de 1/2 (metade) fixada pela tentativa de homicídio, denota-se que o v. acórdão combatido fundamentou adequadamente o percentual de redução em decorrência do reconhecimento da tentativa com base em circunstâncias concretas e na extensão do iter criminis percorrido, encontrando-se devidamente fundamentado, não havendo que se falar, neste ponto, em contrariedade à norma federal. Ademais, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem e aplicar a tentativa no grau máximo seria imprescindível o revolvimento fático-probatório dos autos, o que é inviável na presente instância recursal, haja vista o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova no enseja Recurso Especial".

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1222204/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 04/06/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL EM RAZÃO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PLEITO DE AUMENTO DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DECORRENTE DA TENTATIVA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. QUANTUM ARBITRADO À REDUÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar se, por ocasião do julgamento perante o Tribunal Popular, a opção dos jurados encontra ou não ressonância no conjunto probatório dos autos. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

2. A sentença condenatória, mantida pela Corte local, levando em conta o iter criminis percorrido pelo acusado, aplicou a causa de diminuição em razão da tentativa na fração de 2/5 (dois quintos), salientado que "o acusado percorreu significativa parte do iter criminis, já que produziu lesão arterial e de jejuno com o golpe de faca desferido contra a vítima, causando-lhe perigo de vida e lesões corporais graves". Nesse contexto, pensar em modificar o entendimento sobre a maior ou menor proximidade da consumação do crime, adotado pela instância ordinária, necessariamente ensejaria o exame



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detalhado do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento este vedado na via restrita dos apelos excepcionais.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1215254/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 15/05/2018)

Assim, constata-se que a fração referente à tentativa em 1/3 (um terço) para o delito de homicídio tentado encontra-se devidamente motivada, não havendo que se falar em reforma do *decisum* impugnado.

Ante o exposto, não havendo ilegalidade a ser reparada na decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0141402-9

AgRg no
AREsp 1.308.394 /
ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000532220148080024 00414 0042014 024140000415 20140000441747 24140000415
532220148080024

EM MESA

JULGADO: 25/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : NILTON ALMEIDA NOGUEIRA JUNIOR
ADVOGADOS : CLAUDIUS ANDRÉ MENDONÇA CABALLERO - ES007228
FREDERICO POZZATTI DE SOUZA E OUTRO(S) - ES019811
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : NILTON ALMEIDA NOGUEIRA JUNIOR
ADVOGADO : FREDERICO POZZATTI DE SOUZA E OUTRO(S) - ES019811
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.