



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 51.268 - RS (2011/0215438-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : RODRIGO RIZZATO MUSSOI
ADVOGADO : LÚCIO SANTORO DE CONSTANTINO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRADO REGIMENTAL. CARÁTER INFRINGENTE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONTRARIEDADE AO ART. 121, § 2.º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Verificando que a real intenção do Embargante é a modificação do *decisum* recorrido, os presentes embargos devem ser recebidos como agravo regimental, em atendimento ao Princípio da Fungibilidade Recursal.

2. O Tribunal *a quo*, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu por não afastar as qualificadoras dos incisos II e IV do § 2.º do art. 121 do Código Penal, com fundamento nas provas produzidas no processo, portanto, a inversão do julgado implicaria, necessariamente, o reexame das provas carreadas aos autos, o que encontra óbice na Súmula n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

4. Embargos de declaração recebidos como Agravo regimental para negar-lhe provimento.

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, receber os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 51.268 - RS (2011/0215438-2)

EMBARGANTE : RODRIGO RIZZATO MUSSOI
ADVOGADO : LÚCIO SANTORO DE CONSTANTINO E OUTRO(S)
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de embargos de declaração opostos por RODRIGO RIZZATO MUSSOI, em face de decisão de minha lavra, que restou ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONTRARIEDADE AO ART. 121, § 2.º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE. RECURSO DESPROVIDO." (fl. 1.446)

Sustenta o Embargante, em suma, *"que a pretensão jungida à insurreição do recorrente não está vinculada a qualquer reexame de prova, mas sim, ao erro sobre os critérios de apreciação da prova"* (fl. 1.459). E, neste sentido, é indubitável que ocorreu equívoco de interpretação no decisum embargado. Requer, desse modo, o conhecimento e provimento dos embargos para *"declarar a omissão, admitir o erro na avaliação da prova e, por fim, afastar as qualificadoras"* (fl. 1.460).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 51.268 - RS (2011/0215438-2)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CARÁTER INFRINGENTE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONTRARIEDADE AO ART. 121, § 2.º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Verificando que a real intenção do Embargante é a modificação do *decisum* recorrido, os presentes embargos devem ser recebidos como agravo regimental, em atendimento ao Princípio da Fungibilidade Recursal.

2. O Tribunal *a quo*, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu por não afastar as qualificadoras dos incisos II e IV do § 2.º do art. 121 do Código Penal, com fundamento nas provas produzidas no processo, portanto, a inversão do julgado implicaria, necessariamente, o reexame das provas carreadas aos autos, o que encontra óbice na Súmula n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

4. Embargos de declaração recebidos como Agravo regimental para negar-lhe provimento.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

De início, verifico que a real intenção do Embargante é a modificação da decisão embargada, que negou provimento ao agravo em recurso especial, razão pela qual, em face do princípio da fungibilidade, recebo os presentes embargos de declaração como agravo regimental, na medida em a pretensão do Recorrente não se coaduna com a via eleita, que se destina a sanar omissão, contradição ou obscuridade que, porventura, existam na decisão recorrida. Nesse sentido, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO/VEÍCULOS. PRESCRIÇÃO.

1. Agravo regimental provido para reformar a decisão que negou seguimento ao agravo, determinando a subida do recurso especial." (EDcl no AG 318.206/SP, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 30/06/2003.)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PROPÓSITO INFRINGENTE. LIMITAÇÃO DE JUROS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. DÚVIDA. OCORRÊNCIA.

I. Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos de arrendamento mercantil. II. Agravo parcialmente provido apenas para modificar o critério de cálculo da verba honorária.

III. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental e parcialmente providos." (EDcl no AG 425.026/RS, 4ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 19/08/2002.)

Pois bem.

Com esclarecido na decisão agravada, quanto à manutenção das qualificadoras na sentença de pronúncia, a Corte *a quo* assim se manifestou:

"Com relação ao motivo fútil, descreve a denúncia: "Fútil foi o móvel do crime, posto que ocorreu, porque a vítima não saiu do veículo imediatamente, como os denunciados queriam."

A testemunha Idi Amim Silva da Silva narrou em juízo que "o Frederico, foi sacar um dinheiro no caixa e estava sacando e daqui a pouquinho chegou esse pessoal dizendo que era a polícia, e já começou a atirar, disse que era para nós descer do carro, nós pedimos calma e houve dali a pouquinho o disparo." Detalhou que "o carro já estava ligado para nós sair, ele entrou dentro do carro e chegou esse pessoal (...) Dizia para nós descer, o do canteiro dizia que era para nós descer, que ele era polícia, botar mão para cima e tinha um outro que não falava nada, que estava do lado, e nós pedia calma para ele, calma, calma e o meu irmão disse 'só vou desligar o carro, só vou estacionar o carro melhor' e ele atirou" (fls. 598/607).

Portanto, possível o acolhimento da qualificadora do motivo fútil, vez que a imputação articulada na denúncia encontra amparo no depoimento de ao menos uma das testemunhas arroladas pela acusação.

Assim, incensurável a conclusão da magistrada *a quo*, pois aparentemente desproporcional a atitude tomada em face da conduta dos sujeitos que foram abordados pelos denunciados.

Neste ponto, anoto doutrina de Nelson Hungria:

"O motivo é fútil quando notavelmente desproporcionado ou inadequado, do ponto de vista do *homo medius* e em relação ao crime de que se trata. Se o motivo torpe revela um grau particular de perversidade, o motivo fútil traduz o egoísmo intolerante, prepotente, mesquinho, que vai até a insensibilidade moral."

José Henrique Pierangeli, na mesma esteira, assevera que **"fútil é o motivo de somenos importância, é a ninharia, a pequenez que, de regra, não é causa suficiente para um crime de tamanha gravidade. Ocorre aqui uma clara desproporção entre o móvel do crime e a conduta realizada."**

Assim, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, **"havendo controvérsia sobre a incidência da referida qualificadora, compete ao Conselho de Sentença valorar as provas para deliberar se houve ou não atitude desproporcional entre a conduta do agente e sua motivação,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não havendo, pois, como decotar tal qualificadora no presente momento.”

Quanto à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, também não merece guarida a pretensão defensiva.

Narrou a peça acusatória que **“MANOEL e FREDERICO usaram de recurso que dificultou a defesa do ofendido, porque: a) surpreenderam-no; b) MANOEL desferiu-lhe o tiro, quando RODRIGO intimidava-o, apontando-lhe uma arma de fogo.”**

Ora, a testemunha supra referida apontou que foram surpreendidos pela abordagem policial. Aludiu também que estavam cumprindo a ordem policial quando foi efetuado o disparo. Além disso, como bem registrado pela juíza singular, o auto de necropsia atestou que o disparo atingiu a nuca da vítima.

Portanto, aparentemente, existe suporte no caderno probatório para a imputação promovida pelo Ministério Público, sendo descabido o afastamento também desta qualificadora.

Por derradeiro, registro que, embora a denúncia, com amparo no caderno probatório, descreva que foi o corréu Manoel quem desferiu o disparo, por força do artigo 29, caput, do Código Penal, impositiva também a submissão do ora recorrente Rodrigo, vez que atuaram em conjunto.” (fls. 1354/1.354)

É pacífico o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Egrégia Corte no sentido de que as circunstâncias qualificadoras propostas na denúncia podem e devem ser afastadas, quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes. Todavia, havendo indícios da existência das qualificadoras e incerteza sobre as circunstâncias fáticas, deve prevalecer o princípio *in dubio pro societate*, cabendo ao Tribunal do Júri manifestar-se sobre a ocorrência ou não de tais circunstâncias.

A propósito:

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. VINGANÇA. MOTIVO TORPE. MEIO CRUEL. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. INCOMUNICABILIDADE. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Em respeito ao princípio do juiz natural, somente é cabível a exclusão das qualificadoras na sentença de pronúncia quando manifestamente improcedentes e descabidas, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, conforme já decidido por esta Corte.

2. É de se observar que nos ditames do art. 30 do Código Penal, a regra é a incomunicabilidade das circunstâncias bem como das condições pessoais entre os co-participantes, salvo quando elementares do crime.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. OMISSÃO IMPUNÍVEL. PARTICIPAÇÃO E CO-AUTORIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL A SER SANADA NA OPORTUNIDADE.

1. O exame da insurgência exposta na impetração, quanto à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inocência do paciente, demanda aprofundada discussão probatória, enquanto que para o trancamento da ação penal é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação do contexto de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade.

2. Não há como se valorar os elementos probatórios até então colacionados, como pretende o impetrante, para perquirir acerca da conduta do paciente no evento denunciado, porquanto o debate dessa natureza é atribuição exclusiva do Tribunal do Júri, constitucionalmente competente para dirimir os crimes dolosos contra a vida.

3. Ordem denegada." (HC 94.311/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 15/12/2009.)

"CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MERO JUÍZO DE SUSPEITA. RECONHECIMENTO DE QUALIFICADORA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEGALIDADE DO DECISUM. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

I. Não há qualquer ilegalidade na decisão monocrática de pronúncia, que expôs, nos exatos termos da lei, um mero juízo de admissibilidade da acusação.

II. Somente quando evidente a inexistência de crime ou a ausência de indícios de autoria – em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e estreme de dúvidas – pode o juiz julgar improcedente a pretensão punitiva, deixando de pronunciar o réu, sendo que eventuais dúvidas sobre tais circunstâncias deverão ser dirimidas apenas pelo Tribunal do Júri.

III. As qualificadoras só podem ser excluídas quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos, sob pena de invadir a competência constitucional do e. Conselho de Sentença.

IV. Nova avaliação da questão não é permitida na via eleita, pois ausente ilegalidade flagrante na sua conclusão.

V. Recurso desprovido." (RHC 15.886/ES, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 02/08/2004.)

Na hipótese, verifica-se que o Tribunal *a quo*, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu por não afastar as qualificadoras dos incisos II e IV do § 2.º do art. 121 do Código Penal, com fundamento nas provas produzidas no processo.

Nesse contexto, o acolhimento da pretensão recursal implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula n.º 07 do STJ, *in verbis*:

"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

Assim, não tendo o Agravante trazido tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, mantenho, na íntegra, a decisão agravada por seus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprios fundamentos.

Ante o exposto, RECEBO os presentes embargos de declaração como agravo regimental, e NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0215438-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 51.268 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 106166128 20500064815 7002582920 70041358714 70043283357

EM MESA

JULGADO: 06/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RODRIGO RIZZATO MUSSOI
ADVOGADO : LÚCIO SANTORO DE CONSTANTINO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : RODRIGO RIZZATO MUSSOI
ADVOGADO : LÚCIO SANTORO DE CONSTANTINO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negou provimento."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.