

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 174.905 - GO (2012/0092344-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : FREDERICO GAYER MACHADO DE ARAÚJO
ADVOGADO : LAILSON SILVA MATTA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : OS MESMOS

DECISÃO

Trata-se de Agravos, interpostos por FREDERICO GAYER MACHADO DE ARAÚJO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS, em face de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que não admitiram os Recursos Especiais por eles interpostos.

Depreende-se dos autos que o agravante FREDERICO GAYER MACHADO DE ARAÚJO, pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, II, do Código Penal (fls. 1193/1199e), interpôs Recurso em Sentido Estrito, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade, dado parcial provimento ao recurso, para excluir a qualificadora prevista no inciso II do § 2º do art. 121 do Código Penal. O julgado recebeu a seguinte ementa:

"EMENTA: Recurso em Sentido Estrito. Homicídio. Pronúncia. Análise do Mérito. Nulidade da decisão de pronúncia. Excesso de Linguagem. Inocorrência. Absolvição sumária. Impossibilidade. Motivo Fútil. Animosidade Anterior. Exclusão. Assistente de acusação. Ilegitimidade. 1 - Incorre excesso de linguagem, se o magistrado apenas aponta os fundamentos que o motivaram a lavrar sentença de pronúncia, obedecendo, destarte, o artigo 93, IX, da CF. 2 - **Não se há falar em absolvição sumária, se não há provas incontestas da ocorrência da legítima defesa, cabendo aos jurados acolhê-la ou não.** 3 - **Aversão preexistente entre acusado e vítima exclui a aplicação da qualificadora presente no artigo 121, § 2º, inciso II, do CP.** 4 - O assistente de acusação não é parte legítima para intentar recurso em sentido estrito no caso de pronúncia, quando o Ministério Público não tenha também recorrido. 5 - Recurso do acusado conhecido e parcialmente provido, e não conhecido o recurso do assistente de acusação." (fls. 1382/1383e).

Opostos Embargos Declaratórios, pela defesa e pela acusação, foram eles rejeitados, também por unanimidade (fls. 1433/1441e).

Daí a interposição dos Recursos Especiais, com base na alínea a do permissivo constitucional.

FREDERICO GAYER MACHADO ARAÚJO alega violação aos arts.

23, II, e 22, ambos do Código Penal e aos arts. 408 e 411, ambos do Código de Processo Penal, sustentando-se, em síntese, que não existem indícios que justifiquem a imputação do delito ao Recorrente, impondo-se, pois, a sua absolvição sumária, ante a presença da excludente de antijuridicidade - legítima defesa (fls. 1475/1494e).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS alega violação aos arts. 121, § 2º, II, do Código Penal e 413 do Código de Processo Penal, sustentando-se, em síntese, que, nos termos da jurisprudência do STJ, "a discussão anterior não é motivo, por si só, para afastar a qualificadora do motivo fútil, principalmente quando, conforme mencionado no próprio acórdão, não se pode aferir, com certeza, o verdadeiro motivo da animosidade"; que, "em razão da incerteza sobre o que levou à animosidade entre agente e vítima, impõe-se a manutenção da qualificadora na pronúncia, a fim de que sobre ela manifeste-se o Júri", em respeito ao princípio **in dubio pro societate**. (fls. 1502/1509e)

As decisões ora recorridas, que não admitiram os Recursos Especiais interpostos, fundamentaram-se na incidência da Súmula 7/STJ (fls. 1532/1533e e 1536/1537e), ensejando a interposição dos presentes Agravos (fls. 1548/1555e e 1566/1570e).

Oferecida contraminuta, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS (fls. 1584/1585e), o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República, MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN, manifestou-se pelo improvimento dos Agravos (fls. 1596/1600e).

A irresignação do agravante FREDERICO GAYER MACHADO ARAÚJO, de fato, não merece acolhimento.

No caso, o Juízo de 1º Grau, ao analisar as provas carreadas aos autos, entendeu que não haveria prova incontroversa de que o recorrente tenha agido sob o pálio da excludente de legítima defesa, bem como que existem indícios suficientes de autoria de crime doloso contra a vida, assim, pronunciou o réu, ora agravante, como incurso nas penas do art. 121, § 2º, II, do Código Penal, o que foi confirmado pelo Tribunal **a quo**, conforme se observa do seguinte excerto do acórdão impugnado:

"Examinando os autos, verifiquei que as provas neles produzidas não apontam, de forma incontestada, a ausência de legítima defesa própria. A materialidade do crime encontra-se comprovada pelos Laudos de Exame Médico Legal no 472/97, de Exame Pericial de Arma de Fogo e de Exame Médico Legal anexados aos autos às ffs. 48/53, 57/60 e 74/76, respectivamente.

Alega o recorrente que, no dia dos fatos, a vítima e ele se desentenderam no interior da Boate Draft, em decorrência da troca das fichas de consumação, sendo que o ofendido, bastante alterado, o agrediu verbalmente, achincalhando-o.

Já no exterior da boate, o recorrente também afirma que foi

conversar amigavelmente com o ofendido, mas este desferiu-lhe, inesperadamente, um tapa no ouvido, quando o denunciado acertou-lhe a coxa.

Todavia, a vítima, que tinha uma compleição física bastante avantajada, continuou a agressão e, segundo o recorrente, não teve outra alternativa senão proteger-se, disparando-lhe um tiro.

O pronunciado alega, portanto, que agiu em legítima defesa.

O acervo probatório acostado aos autos, no entanto, não comprovam de maneira irretocável tal versão.

A testemunha Claudemar da Silva Frazão, em juízo, declarou que viu o acusado sair da boate, pegar uma arma dentro de um automóvel e quando viu a vítima, a empurrou com a mão e atirou nela:

"que confirma o depoimento prestado às fis. 45 a 47; que esclarece que a pessoa que o depoente viu correndo até o carro e voltar, antes do fato é a pessoa do acusado aqui presente, que o depoente olhando reconhece como sendo realmente ele; que quando o acusado voltou correndo do carro sentou-se na terceira vitrine do lado de fora da boate e ficou lá mais ou menos uns dez minutos parado sentado; que quando o depoente acompanhou o acusado que corria para o carro, supôs que esse fosse um cliente e aproximou-se uns quinze metros e viu o acusado tirando a arma de dentro do carro e a colocando na cintura na frente e em seguida o acusado trancou o carro e voltou para a boate, sentando-se do lado de fora como já foi dito; que quando a vítima saiu estava acompanhado de uma mulher, um ao lado do outro e passou pela porta de saída e em seguida pelo corredor que montado para controlar a entrada e saída e depois de ter dado uns seis passos após esse corredor quando o acusado viu a vítima levantou-se e andou uns quatro a cinco metros e imediatamente sem discussão nenhuma empurrou a vítima com uma mão, a vítima cambaleou mas era forte e se equilibrou e imediatamente o acusado sacou a arma e atirou, mas antes pulou para trás e o tiro não foi de queima roupa (...)" (declarações de fl. 175).

A testemunha Edimar Fernandes Costa também viu o recorrente correndo para o carro e ao voltar ficou esperando a vítima do lado de fora da boate por uns 7 minutos, e assim que esta saiu, ele foi em sua direção e começaram a discutir:

"(...) Que se encontrava na citada atividade na noite em que ocorreu os fatos em apuração e, pode ver um pouco antes da ocorrência que o indiciado passou correndo próximo ao depoente, no sentido boate à praça ali existente, ao que o

depoente não deu maior atenção; QUE pode notar que logo em seguida o indiciado voltou pelo mesmo caminho e se sentou numa das vitrines ao lado da porta da boa te, ali permanecendo; QUE deu para o depoente notar que o indiciado permaneceu sentado cerca de uns sete minutos, quando se levantou e deu alguns passos em rumo à vítima que acabava de sair da boate, quando a vítima começaram a discutir (...) (declarações de fls. 55, prestadas no inquérito, as quais foram confirmadas em juízo às fls. 365/368)."

Embora hajam testemunhas que presenciaram o recorrente ser agredido pela vítima, a dúvida sobre a ocorrência da legítima defesa persiste, razão pela qual não vejo motivos para não manter a decisão de pronúncia.

Neste sentido, transcrevo o seguinte julgado:

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. Não existindo prova incontroversa de que o recorrente tenha agido sob o pálio da excludente de legítima defesa, não cabe o acolhimento do pleito de absolvição sumária. 2- PRONÚNCIA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES. Se existem elementos suficientes na pronúncia, relativamente à materialidade do delito e aos indícios suficientes de autoria para a admissibilidade das acusações formuladas contra o acusado, não há falar-se em absolvição sumária. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO *CONHECIDO E DESPROVIDO*."- (Recurso em Sentido Estrito no 250065-49.2006.8.09. 0011, Relator Desembargador Leandro Crispim, 1ª Câmara Criminal, DJ nº 762, de 17/02/2011).

Assim, como o acervo probatório não é inconteste de dúvidas e contundente à existência da legítima defesa, temerária se evidencia a absolvição sumária no momento presente, ficando a critério dos jurados acolhê-la ou não." (fls. 1388/1392e)

Destarte, o acolhimento das alegações deduzidas no Recurso Especial do réu, no sentido de que não há indícios suficientes para embasar um juízo de pronúncia, em face da presença de excludente de antijuridicidade - legítima defesa, ensejaria, inevitavelmente, a incursão no acervo fático-probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA E AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. QUALIFICADORA. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.**

1. Infirmar a própria materialidade delitiva e a autoria demandaria a indevida incursão nos fatos e provas carreadas aos autos, o que é inviável na estreita via do recurso especial.

2. As qualificadoras, na pronúncia, somente podem ser afastadas se manifestamente improcedentes, sob pena de invadir a competência constitucional do Tribunal do Júri, juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no AREsp 155.255/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 01/02/2013)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO DE TRÂNSITO. **TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE** (SÚMULA 7/STJ).

1. Para a pronúncia é necessário apenas que o juiz esteja convencido da existência de crime e de indícios de autoria, haja vista tratar-se de mero juízo de admissibilidade da acusação.

2. A pretensão consistente na impronúncia do recorrente, a qual, por ensejar revolvimento de fatos e provas, esbarra no óbice do enunciado 7 da Súmula desta Corte.

3. Agravo interno ao qual se nega provimento." (STJ, AgRg no Ag 1.058.516/SC, Rel. Ministra JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), SEXTA TURMA, DJe de 13/10/2008).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **PRONÚNCIA. RECONHECIMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA. REEXAME DE PROVAS. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.**

1. Aferir a existência de provas capazes de respaldar a tese acusatória, exigiria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado nesta via, por força do enunciado n. 7/STJ.

2. A decisão de pronúncia, como reiterada doutrina e

jurisprudência, encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico para a superação dessa fase do procedimento do júri, somente indícios mínimos da ocorrência do crime e de sua autoria.

3. A expressão **in dubio pro societate** não consiste, propriamente, em um princípio do processo penal, mas em eficiente orientação ao magistrado que, ao decidir sobre a pronúncia, deve analisar, de forma fundamentada e limitada, a presença dos elementos mínimos de autoria e materialidade, resguardando o mérito ao juiz natural da causa.

4. O Tribunal do Júri, no momento de fundamentar seu veredicto, deve promover a devida valoração das circunstâncias processuais, considerando, ainda, o princípio do **in dubio pro reo**.

5. **As dúvidas razoáveis quanto às linhas de argumentação traçadas entre acusação e defesa, devem, por ordem constitucional, serem dirimidas pelo Tribunal do Júri, órgão competente para julgar o mérito das ações que versam sobre crimes dolosos contra a vida.**

6. **In casu, a presença de elementos mínimos de materialidade e autoria, somados à dúvida quanto a excludente de ilicitude da legítima defesa, exige a submissão da controvérsia à Corte Popular.**

7. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no AREsp 67.768/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 21/09/2012).

Dessa forma, não há como afastar, no caso do recurso do réu FREDERICO GAYER MACHADO DE ARAÚJO, o óbice da Súmula 7/STJ.

Por outro lado, o mesmo não se pode dizer quanto ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS.

Vale ressaltar, por oportuno, que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que somente é cabível a exclusão das qualificadoras, na sentença de pronúncia, quando manifestamente improcedentes, uma vez que cabe ao Conselho de Sentença, diante dos fatos narrados na denúncia e colhidos durante a instrução probatória, a emissão de juízo de valor acerca da conduta praticada pelo réu.

Compulsando os autos, verifico que o Tribunal de origem excluiu a qualificadora do motivo fútil, prevista no inciso II do § 2º do art. 121 do Código Penal, pelos seguintes fundamentos:

"Conforme consta da própria inicial acusatória e das provas carreadas aos autos, momentos antes do fato criminoso, acusado e vítima desentendera m-se, ou seja, houve um conflito dentro da Boate Draft.

Já do lado de fora, o entrevero continuou, com agressões recíprocas, culminando no óbito da vítima.

É cediço que a aversão preexistente entre ofendido e denunciado exclui a aplicação da qualificadora do motivo fútil.

O jurista Fernando Capez, sobre esta matéria, opina da seguinte forma:

"(...)Não se deve confundir o motivo fútil com o motivo injusto, pois este, 'embora desconforme com a ética ou com o direito, pode não ser desproporcionado como antecedente lógico do crime'. Há na jurisprudência alguns exemplos em que a futilidade da motivação poderá ou não estar presente. Assim é que a jurisprudência tem decidido no sentido de que a discussão antes do evento criminoso faz desaparecer o *motivo fútil* (..) (in Curso de Direito Penal - Parte Especial, volume 2, editora Saraiva, 6ª edição, p. 47).

Também esta é a opinião deste Tribunal de Justiça:

"Recurso em Sentido Estrito. Pronúncia. Homicídio. Inclusão da Qualificadora do Motivo Fútil. Impossibilidade. Não há como reconhecer a qualificadora do motivo fútil quando evidenciada a existência de animosidade pretérita e discussão entre acusado e vítima, antes do fato delituoso. Recurso conhecido e improvido." (Recurso em Sentido Estrito nº 312659-82.2009.8.09.0015, Relator Desembargador José Lenar de Meio Bandeira, 2ª Câmara Criminal, DJ 640, de 13/08/2010).

Deste modo, determino o afastamento da qualificadora do motivo fútil da decisão de pronúncia." (fls. 1392/1393e)

A jurisprudência desta Corte já apreciou a questão da incidência da qualificadora do motivo fútil, nos casos em que houve discussão anterior, entre autor e vítima, tendo firmado posicionamento no sentido de que tal contexto não é suficiente para afastá-la, como o fez o Tribunal de origem. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AFASTAR A QUALIFICADORA. MOTIVO FÚTIL. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DÚBIO PRO SOCIETATE.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que

enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Na fase da decisão de pronúncia não deve ser afastada a qualificadora, mesmo que haja dúvida, pois nesta fase prevalece o princípio in dubio pro societate, cabendo ao Tribunal do Júri decidir.

3. **A discussão anterior entre autor e vítima, por si só, não implica, de imediato, o afastamento da qualificadora referente ao motivo fútil.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 62470/MA, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 22/02/2012).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONSUNÇÃO. SÚMULA 283 DO STF. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. MOTIVO FÚTIL. IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA.

I - (...)

II - (...)

III - (...)

IV - **A discussão anterior entre autor e vítima, por si só, não implica, de imediato, o afastamento da qualificadora referente ao motivo fútil**, notadamente por não ter restado incontroverso, na instância ordinária, o verdadeiro motivo da animosidade.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido" (STJ, REsp 1053714/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 06/04/2009).

O Tribunal de origem, portanto, contrariou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, devendo ser reformado o acórdão.

Ante o exposto, conheço do Agravo do réu FREDERICO GAYER MACHADO DE ARAÚJO, para negar-lhe provimento, com fundamento no art. 544, § 4º, II, **a**, do CPC c/c art. 3º do CPP e conheço do Agravo do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS, para dar provimento ao Recurso Especial, para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença que pronunciou FREDERICO GAYER MACHADO DE ARAÚJO como incurso no art. 121, § 2º, II, do Código Penal, com fundamento no art. 544, § 4º, II, **c**, do CPC c/c art. 3º do CPP

I.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2013.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora