



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira
Terceira Câmara Criminal

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 0142679-7/01

104

COMARCA : Olinda – Tribunal do Júri
EMBARGANTE : José Romero Gonçalves Carieli
EMBARGADO : Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco
RELATORA : Des. Alderita Ramos de Oliveira

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ÔMISSÃO. RECONHECIMENTO DA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA APRESENTADA. INEXISTÊNCIA. FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTRADIÇÃO. APLICAÇÃO DAS QUALIFICADORAS E AFASTAMENTO DA ATENUANTE PREVISTA NO § 1º DO ART. 121, DO CÓDIGO PENAL EM DESCONFORMIDADE COM AS PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. DECISÃO UNÂNIME.

I – Impossível o exame da tese de legítima defesa quando a própria defesa a afastou quando das razões recursais.

II – Descabe reforma da decisão que estabelece o *quantum* da pena base acima do mínimo legal devidamente fundamentada, em observância aos critérios previstos no art. 59, do Código Penal.

III – Não há contradição no acórdão que, analisando pedido de afastamento das qualificadoras e reconhecimento da atenuante prevista no § 1º do art. 121, do Código Penal, os rejeita com base nas provas existentes nos autos, não cabendo, nessa via recursal, a reapreciação de tais pedidos.

IV – Embargos acolhidos em parte. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Embargos de Declaração** nº 0142679-7/01, no qual figuram como partes as retronominadas, **ACORDAM** os Desembargadores componentes da **Terceira**

2



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira
Terceira Câmara Criminal

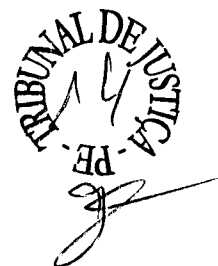
105

Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, à **unanimidade de votos, em acolher parcialmente os embargos**, nos termos do relatório e votos anexos, que passam a integrar este aresto.

Recife, 06 de janeiro de 2010.

Presidente

Desa. Alderita Ramos de Oliveira – Relatora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira
Terceira Câmara Criminal

106

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 0142679-7/01

COMARCA : Olinda -- Tribunal do Júri
EMBARGANTE : José Romero Gonçalves Carieli
EMBARGADO : Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco
RELATORA : Desa. Alderita Ramos de Oliveira

RELATÓRIO

José Romero Gonçalves Carieli, mediante advogada legalmente habilitada, opôs tempestivos Embargos Declaratórios (fls. 02/05), insurgindo-se contra o acórdão de fl. 665 proferido nos autos da apelação criminal nº 142679-7, em apenso, sob a alegação de que o acórdão impugnado foi omissos, uma vez que não apreciou o pedido de reconhecimento da ocorrência da legítima defesa, bem como o de fixação da pena no mínimo legal, e, também, contraditório, tendo em vista que não acolheu o pedido de afastamento das qualificadoras e reconhecimento da atenuante prevista no § 1º do art. 121, do Código Penal, em dissonância com as provas existentes nos autos, pugnando, ao final, pela correção das omissões e contradições ora apontadas.

É o relatório.

Recife, 06 de janeiro de 2010.


Desa. Alderita Ramos de Oliveira – Relatora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira
Terceira Câmara Criminal

107

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 0142679-7/01

COMARCA : Olinda -- Tribunal do Júri
EMBARGANTE : José Romero Gonçalves Carieli
EMBARGADO : Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco
RELATORA : Desa. Alderita Ramos de Oliveira

VOTO

Insurge-se, o embargante, contra o acórdão proferido na apelação criminal nº 142679-7/01, sob a alegação de que o referido acórdão foi omissivo, uma vez que não apreciou o pedido de reconhecimento da ocorrência da legítima defesa, bem como o de fixação da pena no mínimo legal, e, também, contraditório, tendo em vista que não acolheu o pedido de afastamento das qualificadoras e reconhecimento da atenuante prevista no § 1º do art. 121, do Código Penal, em dissonância com as provas existentes nos autos, pugnando, ao final, pela correção das omissões e contradições ora apontadas.

O acórdão hostilizado tem o teor seguinte:

“EMENTA:

PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE NÃO-INCIDÊNCIA DAS QUALIFICADORAS. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 121, §1º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. POSSIBILIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Impossível o afastamento das qualificadoras e reconhecimento da atenuante prevista no art. 121, §1º, do Código Penal quando não há nos autos provas que possibilitem o acolhimento de tais pedidos.

II – Faz-se perfeitamente possível a alteração do regime de cumprimento da pena para o inicialmente fechado, por força do art. 1º, § 1º, da Lei 11.464 de 28/03/07.

III – Apelação parcialmente provida. Decisão unânime.”

Em parte, assiste razão ao embargante.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira
Terceira Câmara Criminal

108

De fato, constato a alegada omissão no que pertine a falta de apreciação dos pedidos de reconhecimento da tese de legítima defesa e de fixação da pena no mínimo legal.

Primeiramente, analisando o pedido de reconhecimento da legítima defesa, verifico não ter amparo nas provas colhidas no bojo dos autos.

Milton José da Silva, testemunha presencial do fato delituoso, ao prestar depoimento em juízo, afirma (fls. 166/167):

*"Que confirma integralmente o seu depoimento prestado perante a autoridade policial, inserido nos autos às fls. 10/11 e que lhe foi lido nesta oportunidade; que ele depoente presenciou o fato narrado na denúncia; que estava trabalhando com a vítima no local, quando o acusado ali chegou; que ele depoente estava com a vítima tapando um buraco na estrada feito pela água; que a vítima era seu patrão, pois trabalhava para o mesmo; que o acusado chegou ao local na companhia da esposa e foi logo questionando a vítima, indagando da mesma, dizendo o seguinte: "Quem mandou você mexer aí? Isto aí é meu"; que a vítima respondeu ao irmão que ali não era nem dele e nem de si, era de todos que por ali passavam; que a discussão entre vítima e acusado foi por conta deste buraco; que ele depoente não sabia que vítima e acusado tivessem alguma rixa antiga; **que a vítima nada falou que pudesse provocar o acusado, apenas o mandou ir para casa; que o acusado não acatou o pedido da vítima e ficou lhe "esculhambando", isto é, ofendia a vítima, dizendo: "mandava nessa porra sou eu", que o acusado empurrou a vítima em cima de uma caminhonete D20; que no momento em que a vítima deu as costas o acusado efetuou os disparos de arma de fogo pelas costas; que a vítima não estava armada, no carro não havia armas; (...)"***

Inexiste nos autos qualquer prova convincente de ter, o embargante, agido sob o manto da legítima defesa.

Muito ao revés, as provas dão conta de que o embargante agiu de forma livre e consciente visando ceifar a vida da vítima.

Ademais, o reconhecimento das qualificadoras pelo Conselho de Sentença exclui a tese de legítima defesa levantada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira
Terceira Câmara Criminal

109

De outra parte, a própria defesa, nas razões do recurso, afastou tal excludente, ao afirmar às fls. 611: *"(...) Diante da presença da manifesta ausência de moderação no uso dos meios, a defesa não cometerá a incúria de bater-se pela excludente de ilicitude na conduta do acusado; todavia, diante de todo o conjunto probatório, patente fica a ocorrência da legítima defesa; todavia, não configurada em sua plenitude face o excesso de defesa praticado pelo acusado. (...)"*

Vê-se, pois, que, para que esteja o acusado amparado pela excludente de ilicitude da legítima defesa, faz-se necessária a existência de injusta agressão atual ou iminente, e ainda que os meios utilizados sejam moderados, do que definitivamente o embargante não se desincumbiu em provar.

Registre-se que as testemunhas de defesa arroladas não trouxeram qualquer elemento capaz de comprovar as alegações da defesa.

Com relação ao pedido de fixação da pena do mínimo legal, razão não assiste ao embargante.

Ao analisar a dosimetria e a fixação da pena, a douta Juíza sentenciante assim considerou (fl. 554):

"(...) Pelo que consta no processo, o acusado é tecnicamente primário, não havendo notícias de que responde a outro processo, o que lhe favorece na aplicação da pena. No que pertine à culpabilidade, verifica-se dos autos que o acusado agira de forma reprovável, com intensidade de dolo, ante os fatos narrados nas peças processuais, o que não lhe favorece. Com relação à personalidade do acusado, pelos elementos colhidos no feito, em princípio, este não demonstra índole voltada para a prática de delitos, o que lhe favorece. Quanto aos motivos que levaram o acusado a cometer o delito, estes ficaram bem definidos nos autos, não favorecendo o acusado. Finalmente, as circunstâncias do crime, também, não favorecem o acusado, haja vista o modo pelo qual o crime foi perpetrado, e reconhecido pelo Conselho de Sentença em sua forma duplamente qualificada com circunstância agravante. Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais, fixo-lhe a pena-base em 14 (quatorze) anos de reclusão (Art. 121, § 2º, incisos I e IV), majorando em um (01) ano em face da agravante, reduzindo-a em um (01) ano, em face do reconhecimento da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira
Terceira Câmara Criminal

110

atenuante prevista no art. 65, letra "d" do Código Penal, tornado-a em definitivo, à míngua de circunstâncias outras, em quatorze (14) anos de reclusão. (...)"

Não se mostra exacerbada a pena aplicada, porquanto a douta Juíza sentenciante, ao fixá-la em 14 (catorze) anos de reclusão, ou seja, pouco acima do mínimo legal previsto para o tipo, assim o fez após o exame das circunstâncias judiciais previstas no art. 59¹, do Código Penal, levando em consideração os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, pena esta que se mostra razoável à repressão e prevenção do delito e as qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença.

Ademais, é perfeitamente possível a fixação da pena base acima do mínimo legal, ainda que o réu seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, quando as circunstâncias estabelecidas no art. 59, do CP assim o autorizam, tal como ocorre na hipótese dos autos.

Nessa senda, socorre-nos a jurisprudência oriunda do Supremo Tribunal Federal, que trago à colação, *verbis*:

STF: "A primariedade e os bons antecedentes do réu não conferem, por si sós, direito público subjetivo à fixação da pena em seu grau mínimo, podendo o magistrado, desde que o faça em ato decisório plenamente motivado – e atendendo ao conjunto de circunstâncias referidas no art. 59 do CP – definir a pena-base em limites superiores ao mínimo legal. Precedentes RTJ 138/190 – RTJ 141/877 – RTJ 142/582" (RT 734/620 e JSTF 213/345).

Ainda, neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. PECULATO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPOSTA INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS

¹ Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira
Terceira Câmara Criminal

111

LEGAIS DO ART. 381 DO CPP. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO REALIZADO. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. (...)

III - Quanto à suposta contrariedade ao artigo 59 do CP, não há qualquer ilegalidade no v. acórdão recorrido que, ao manter a fundamentação de primeiro grau, confirmou a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao recorrente aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (Precedentes).

IV - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de recurso especial. Recurso especial desprovido. (REsp 946.982/RO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 10/11/2008) (Grifei)

De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça tem orientação firmada no sentido de que, somente nas hipóteses de erro ou ilegalidade prontamente verificável na dosimetria da reprimenda, em flagrante afronta ao art. 59 do Código Penal, pode a Corte recursal reexaminar o *decisum* em tal aspecto, o que não é o caso dos autos (STJ - HC nº 74.482/PR, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 06.08.2007).

Por fim, não há qualquer contradição no acórdão, objeto do presente recurso, no que pertine ao pedido de afastamento das qualificadoras e reconhecimento da atenuante prevista no § 1º do art. 121, do Código Penal, vez que fora analisado no recurso originário em conformidade com as provas existentes nos autos, não cabendo, pois, nessa via recursal, a reapreciação de tais pedidos.

Demais disso, o afastamento das qualificadoras em sede recursal encontra óbice na soberania do Júri, com assento constitucional no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

Isto posto, **acolho, em parte, os presentes embargos de declaração**, suprimindo as omissões apontadas.

Recife, 06 de janeiro de 2010.

Desa. Alderita Ramos de Oliveira - Relatora