

**EXCELENTÍSSIMO MINISTRO JORGE MUSSI; D.D. RELATOR DO Resp.
n. 1.277.036-SP**

RAPHAEL CORDEIRO DE FARIAS WRIGHT,
por seu defensor, nos autos do Recurso Especial supra nomeado, com fundamento nos artigos 28, § 5º, da Lei nº 8.038/1990 e no 258 do RISTJ, vem à elevada presença de Vossa Excelência interpor **AGRAVO REGIMENTAL** contra a r. decisão que, monocraticamente, negou seguimento ao Recurso Especial interposto, pelas razões adiante articuladas.

Na remota eventualidade de Vossa Excelência não reconsiderar a decisão agravada, aguarda-se a juntada e posterior encaminhamento das inclusas razões de agravo para análise pela col. 5.^a Turma deste e. STJ.

Termos em que, do processamento,

Pede deferimento.

São Paulo, 18 de agosto de 2013.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

O.A.B./SP n. 65.371

EMINENTE MINISTRO RELATOR (EM GRAU DE RECONSIDERAÇÃO):

COLENDIA 5ª TURMA:

DOUTO SUB-PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA:

I — Preliminarmente:

a. do Cerceamento de Defesa em razão do Julgamento Monocrático - A inaplicabilidade à espécie do art. 557 do CPC e o cerceamento do direito de defesa: a impossibilidade de se realizar sustentação oral

A r. decisão agravada, não obstante tenha consignado estarem “*satisfeitos os requisitos de admissibilidade*” do Resp., na parte dispositiva, disse: “*por todo o exposto, com fundamento no art. 557, caput do CPC c/c art. 3º do CPP, nega-se seguimento ao recurso especial*”.

O *caput* art. 557 do CPC prevê a possibilidade de o relator, monocraticamente, negar seguimento a recurso “*manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula*

ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Interpretando a regra, este col. STJ tem salientado o seguinte:

A expressão "*jurisprudência dominante do respectivo tribunal*" somente pode servir de base para negar seguimento a recurso quando o entendimento adotado estiver de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e (grifei) do Supremo Tribunal Federal, sob pena de negar às partes o direito constitucional de acesso às vias excepcionais (extraordinária e especial). Precedente desta Corte. Reconhecida a afronta ao artigo 557 do estatuto processual civil.

Recurso especial provido.

(STJ, **REsp 299.196/MG**, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, 2ª T., j. 16/04/2002, DJ 05/08/2002, p. 234).

E, no corpo do d. voto, o saudoso Ministro advertia:

"será dever do relator abster-se de julgar de plano sempre que não veja uma situação manifesta, isto é, límpida e indiscutível" (Cândido Rangel Dinamarco, in "*Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*", coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr., RT, 1ª edição, p. 132)".

No mesmo sentido, entre muitas outras: STJ, AgRg no **REsp 1071939/PR**, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª T., j. em 04/12/2008, DJe 15/12/2008.

De saída, é de se indagar: O Resp. interposto na origem está “*em confronto*” com a jurisprudência dominante do STF ou do STJ?

A resposta é francamente negativa porque a matéria tratada no Resp. encontra fundamento em julgado do eg. STF (2ª T., **HC 86.163**, rel. Min. GILMAR MENDES, v.u., DJ 3.2.06) e em precedente da eg. 6ª T deste col. STJ (**HC 30.339-MG**, 6ª T., v.u., rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 16.2.2004).

Tanto é assim que, buscando demonstrar a alegada “jurisprudência dominante”, a r. decisão Agravada só invoca julgados da própria 5ª Turma. Há, no mínimo, um dissenso entre as Turmas que até poderia ensejar o manejo dos embargos de divergência (arts. 29 da Lei nº 8.038/1990 e 266 do RISTJ).

Afora o mais, o julgado citado na r. decisão agravada, da relatoria do em. Min. GILSON DIPP (**HC 36.174**), foi, no ponto da qualificadora, justamente o reformado pelo eg. STF no julgamento do citado **HC 86.163**! Portanto, não vingou.

Aliás, o próprio em. Ministro Relator reconhece ser “*viável a tese de que a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, é incompatível com o dolo eventual do agente*” (fl. 3 da r. decisão agravada). Com a devida *venia*, a viabilidade da tese denota evidente a impossibilidade de aplicar-se o art. 557 do CPC.

Também, por outro lado, a r. decisão hostilizada não invocou contrariedade a qualquer Súmula ou prejudicialidade para negar seguimento ao apelo raro.

Pelo teor da r. decisão agravada, vê-se que também não se trata de recurso “*manifestamente inadmissível*” ou “*prejudicado*”. Pelo menos, não o disse a r. decisão agravada que, ao reverso, fala expressamente da viabilidade da tese invocada no Resp.

Portanto, se nenhuma das hipóteses autorizadoras do art. 557 do CPC se faz presente, o Resp., admitido na origem e cujos requisitos de admissibilidade foram reafirmados na r. decisão agravada, não poderia, *data venia*, ser fulminado monocraticamente, extirpando-se, ademais, a possibilidade da sustentação oral, ou mesmo de a própria Turma, agora com nova composição, rever seu entendimento anterior que, de resto, não foi placitado pelo próprio eg. STF como no caso do julgado relatado pelo preclaro Min. DIPP.

Mas não é só.

b. Violação do Princípio da Colegialidade.

O col. STF, com a sua mais alta autoridade, em hipótese idêntica à tratada no presente Agravo, já proclamou: “*Não cabe ao Relator examinar o mérito da causa para negar seguimento a Recurso Especial, sob pena de indevida ofensa ao princípio da colegialidade. (...) Concessão de ofício para cassar a decisão questionada e determinar a apreciação do mérito pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça*” (HC 103.147-SP, rel. CARMEN LÚCIA, DJ 15/03/2011).

Assim, *data venia*, também por este ângulo, patente a necessidade de o mérito do Recurso Especial ser apreciado pela col. Turma Julgadora, garantindo-se ao Recorrente a oportunidade à sustentação oral.

De fato, a Constituição Federal no artigo 5º, inciso LV, garante aos acusados em geral “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Trata-se, como é cediço, de importante garantia fundamental do cidadão — ao lado do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) — que resulta frustrada não apenas pela impossibilidade de o Colegiado debruçar-se sobre o tema posto, mas por impedir a realização de sustentação oral e, assim, de infirmar os termos da pretensão punitiva, ainda mais em matéria penal. Ademais, não bastasse o apontado entendimento pretoriano no tocante a decisões que negam seguimento a recursos especiais, a col. 1ª Turma do mesmo e. STF também já decidiu, com relação a decisões denegatórias de seguimento de ordens de *habeas corpus*:

“DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NEGANDO SEGUIMENTO A HABEAS CORPUS. ANÁLISE DE MÉRITO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE. 1. O princípio da colegialidade assentado pela Suprema Corte não autoriza o relator a negar seguimento ao habeas corpus enfrentando diretamente o mérito da impetração. 2. Writ prejudicado 3. Ordem concedida de ofício.” (STF, HC 104272-RJ, Min. DIAS TÓFOLLI, J. 21/09/2010, DJ 22/02/2011).

E ainda:

“DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA POR MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A HABEAS CORPUS COM APRECIÇÃO DE MÉRITO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. PREJUÍZO DO PRESENTE HABEAS. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que não cabe ao Relator examinar o mérito da causa para negar seguimento ao habeas corpus, sob pena de indevida ofensa ao princípio da colegialidade. Precedentes. 2. Habeas corpus prejudicado. 3. Concessão de ofício para cassar a decisão questionada e determinar a apreciação do

mérito pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ficando prejudicado o presente habeas corpus.” (STF, **HC 101089** – RS, Rel. Min. CARMEM LÚCIA, j. 11/05/10, DJ 02/06/11).

No mesmo sentido: **HC 94925-RS**, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOVSKI, DJ 09/10/2009; **HC 97938-SP**, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOVSKI, DJ 07/08/2009; **HC 92877-RS**, 1ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ 03/04/09, **HC 94736-SP**, 1ª Turma, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJ 17/04/2009.

Embora esses últimos precedentes citados atinem com *habeas corpus*, a *ratio essendi* das decisões invocadas aplica-se à espécie, uma vez que o tema posto neste Recurso Especial não é, como reza o artigo 557 do CPC, ou mesmo o 38 da Lei n.º 8.038/90, i) *intempestivo*; ii) violador de Súmula; iii) incabível.

Com o perdão pela insistência: o fato de o Recurso Especial não ter sido submetido a julgamento colegiado solapou duramente o direito de defesa do Recorrente consubstanciado no exercício do seu direito à sustentação oral, permitindo que todos os Ministros pudessem efetivamente conhecer, com amplitude, a matéria questionada.

Importante destacar que, caso o presente Recurso Especial tivesse sido levado a julgamento pelo col. Órgão colegiado, a decisão final sobre o acerto (ou não) dos argumentos deduzidos pelo Recorrente poderia ter sido em outro sentido. Era imperioso que se oportunizasse à defesa a exposição das teses em sede de sustentação oral. Não o fazendo, a r. decisão agravada cerceia a defesa e, *data venia*, padece de evidente nulidade.

Nessa conformidade, eminentes Ministros, com a devida e *maxima venia*, o Recurso Especial do recorrente **admitido** pelo

eg. Tribunal de Justiça de São Paulo e que trata de matéria cara ao direito de defesa, não poderia de forma monocrática ter o seu seguimento obstado sem que o mérito fosse submetido à col. Turma Julgadora, o que, preliminarmente, espera-se ver reconhecido com o provimento este Agravo Regimental.

II- MÉRITO:

A respeitabilíssima decisão vergastada parte de um pressuposto, *data venia*, equivocado ao afirmar que “a discussão trazida no recurso especial diz respeito à compatibilidade entre a qualificadora do art. 121, §2º, IV do CP, e a figura do dolo eventual”. Sim, parte da discussão atina com isso, mas outra parte relaciona-se com a própria tipicidade da qualificadora. Como bem frisou o em. Ministro FÉLIX FISCHER, é imprescindível ter presente que “a incidência de circunstância qualificadora exige perfeita adequação da conduta aos elementos que a caracterizam” (STJ, 5ª Turma, **HC 77.309**; v.u., DJ 26/05/08).

Veja-se, no ponto, a descrição da denúncia: o ora Agravante agiu “com recurso que dificultou a defesa da vítima, visto que atingida de surpresa, sem que jamais pudesse esperar ser colhida atravessando a faixa de pedestres com sinal verde a seu favor ” (f. 04).

Ora, tomados os fatos como são narrados na denúncia, não há nela qualquer descrição de insídia ou atuação sub-reptícia pelo ora Agravante. Daí o posicionamento do Subprocurador-Geral da República, Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, adotado como razões de decidir no citado **HC 86.163**, da relatoria do em. Min. GILMAR MENDES, *verbis*:

“9. Cumpre observar que a qualificadora genérica referente ao recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima deve guardar correspondência com aquelas especificadas no mesmo inciso, ou seja, deve ter a mesma natureza insidiosa. Segundo

CELSE DELMANTO: “o modo deve ser análogo aos outros do inciso IV (traição, emboscada ou dissimulação) A surpresa, para qualificar, é a insidiosa e inesperada para a vítima, dificultando ou impossibilitando a sua defesa”. Por seu turno assevera HELENO FRAGOSO: “para que se configure a qualificação do homicídio, é necessário que a dificuldade ou a impossibilidade resultem do modo pelo qual o agente atua, e não das condições em que se apresenta o sujeito passivo”. Complementando aduz GUILHERME SOUZA NUCCI: “é indispensável a prova de que o agente teve por propósito efetivamente surpreender a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação.

10. Por todos, ensina NELSON HUNGRIA: “Quando um dispositivo legal contém uma fórmula *exemplificativa*, e, a seguir, uma cláusula *genérica*, deve entender-se que esta, segundo elementar princípio de hermenêutica, somente, compreende os casos análogos aos destacados por aquela. De outro modo, seria inteiramente ociosa a *exemplificação*, além de que o dispositivo redundaria no absurdo de equiparar, *grosso modo*, coisas desiguais. Assim, o “outro recurso”, a que se refere o texto legal, só pode ser aquele que, como a traição, a emboscada, ou a dissimulação, tenha caráter *insidioso*, *aleivoso*, *sub-reptício*”.

Portanto, independentemente de o dolo ter sido eventual, ou não, a qualificadora não pode ter incidência. É uma questão, insista-se, de tipicidade. De verdade, a ideia da utilização de ‘um recurso *que dificultou a defesa da vítima*’ estampada na letra da lei (CP, art. 121, §2º, inc. IV) revela que o agente deve procurar previamente uma *maneira*, uma *forma*, um *modo*, um *estratagema*, para facilitar seu intento criminoso e impossibilitar a defesa do ofendido. Isso, francamente, não se concilia com a situação descrita na denúncia, em que tudo se passou com muita rapidez.

Não foi, portanto, **por acaso**, que o próprio Procurador de Justiça oficiante no RSE e o em. Advogado que representa as AMPs, dr. ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA, reconhecido especialista na

matéria, postularam o afastamento da dita qualificadora. Ela era — e é — impertinente, manifestamente impertinente.

A hipótese dos autos, portanto, não é aquela na qual, como se lê do r. despacho atacado, “*não havendo prova plena que afaste, indubitavelmente, a procedência da qualificadora, mais prudente, nesta fase de juízo de suspeita, é a sua manutenção, para que eventualmente seja analisada pelo Conselho de Sentença no julgamento em plenário. É ele quem vai definir se as provas constantes dos autos são suficientes para demonstrar se a vítima foi apanhada de surpresa e se o agente assumiu o risco de produzir o resultado do modo em que efetivamente ocorreu*”. **Absolutamente não!**

Mas, por amor ao debate, ainda que se pudesse dizer controvertida a matéria de direito sobre a compatibilidade do dolo eventual com a qualificadora do §2º, inc. IV, do art. 121 do C. Penal, seria o caso de fulminá-la monocraticamente, máxime considerando a divergência com julgado da eg. 6ª Turma, da lavra, a propósito, de outro especialista no Júri, o ex-Procurador Geral de Justiça do Estado do Rio, Min. HAMILTON CARVALHIDO?

Ainda: seria o caso de se aplicar o art. 557 do CPC considerando-se que um dos julgados referidos na decisão agravada foi reformado pelo col. STF (HC 86.163)?

A resposta, eloquentemente, em ambos os casos, vem no sentido negativo. E, veja-se, não está em jogo a questão da soberania do Júri para decidir sobre matéria fática controvertida. A matéria aqui é de direito e, como quer que seja, não se pode admitir o excesso acusatório.

Em lição que, com as devidas adaptações cabe ao caso, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, discorrendo sobre a soberania

constitucional do Tribunal do Júri e a possibilidade de impronúncia ou absolvição sumária, afirmou:

“Não há qualquer afetação à soberania dos veredictos, pois já se disse anteriormente que soberania, de fato, não é sinônimo de onipotência, nem de puro arbítrio. ... Entretanto, observa-se na prática, que a magistratura togada é contraditória nas suas análises, no contexto do processo do júri. São em flagrante menos número as decisões dos tribunais Superiores mantendo as decisões de impronúncia do que aquelas que as reformam, mandando os réus a julgamento pelo colegiado popular. O argumento é quase sempre o mesmo: havendo indícios de autoria, mesmo que mínimos, deve-se enviar o caso a julgamento pelo Tribunal do Júri, sob pena de ofensa à competência constitucional do tribunal popular para julgar os crimes dolosos contra a vida. Sendo a decisão de pronúncia de mera admissibilidade da acusação, para não ferir a soberania dos veredictos, deve-se pronunciar o réu.

Ora, o controle judiciário deveria ser exercido com firmeza nessa fase. Se existem provas suficientes para condenar, o juiz envia o caso ao júri. Não havendo provas mínimas para sustentar uma condenação, por que mandar o réu a julgamento pelo tribunal popular? Somente para, em caráter formal, cumprir os pretensos ‘mandamentos constitucionais’ (soberania dos veredictos e competência para apreciar os crimes dolosos contra a vida)? ... O que não pode acontecer é, a pretexto de garantir a supremacia do veredicto popular, o juiz togado pronunciar qualquer caso, mesmo com indícios mínimos de autoria para, depois, o tribunal togado (em apelação ou revisão) contrariar eventual condenação dos jurados.” g.n. (Júri, princípios constitucionais, SP, Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 94/95).

Foram tais circunstâncias que levaram o saudoso HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO a afirmar: *"Deve ser combatido o 'gigantismo absorvedor' da instituição, de forma que não se pode impedir o magistrado de exercer o seu poder de convencimento afastando do tribunal popular infrações não cabíveis às suas atribuições"* g.n. (Júri, Procedimentos e aspectos do julgamento - Questionários, 7ª ed., SP, Malheiros, 1993, p. 46/47,

apud GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Júri, princípios constitucionais, SP, Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 86).

Enfim, por qualquer ângulo que se queira analisar a hipótese deste Agravo Regimental, a r. decisão monocrática combatida não pode sobreviver. Assim, contando com os doutos suprimentos de Vossas Excelências, aguarda-se o seu provimento para que a eg. 5ª Turma possa apreciar o tema de fundo e fazer **JUSTIÇA!**

São Paulo, 18 de agosto de 2013.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

O.A.B./SP n. 65.371