

RECURSO ESPECIAL Nº 1.383.693 - DF (2013/0166278-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : JOSÉ DA ROCHA COSTA JÚNIOR

**ADVOGADOS : MARCUS VINÍCIUS DE CAMARGO FIGUEIREDO
LUCAS GONÇALVES DE OLIVEIRA MULLER E
OUTRO(S)**

**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOSÉ DA ROCHA COSTA JÚNIOR interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, na Apelação Criminal n. 2010.01.1.112888-4.

O recorrente, por sentença publicada em 2/12/2011, foi condenado à pena de **2 anos e 15 dias de detenção**, a ser cumprida no regime inicial aberto, como incurso no art. 121, § 3º, na forma do art. 70, ambos do CP. **A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos.**

Irresignada com o édito condenatório, a defesa recorreu. A apelação criminal, contudo, não foi provida pela Corte de origem, em acórdão assim ementado:

PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE EMBARCAÇÃO MOTORIZADA. PRELIMINAR - REDISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE. PLEITO ABSOLUTÓRIO - ATIPICIDADE - AUSÊNCIA DE CULPA NÃO-DEMONSTRADA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 66 DO CP - INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. INCABÍVEL A ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE POR AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE SE O LAUDO PERICIAL, CORROBORADO PELAS TESTEMUNHAS PRESENCIAIS DO FATO, CONCLUIU QUE A CAUSA DO NAUFRÁGIO FOI O EXCESSO DE PESSOAS NA EMBARCAÇÃO, SENDO QUE A ESCASSEZ DE EQUIPAMENTOS DE SALVATAGEM COLABOROU PARA O AFOGAMENTO DAS VÍTIMAS. NÃO

HÁ QUALQUER IRREGULARIDADE NO LAUDO PERICIAL ELABORADO POR PROFISSIONAIS DO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA, CABENDO AO MAGISTRADO VALORAR TAL DOCUMENTO CONFORME DISPÕE O ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SE NEM TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SÃO FAVORÁVEIS AO ACUSADO, RESTA JUSTIFICADA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INVIÁVEL A APLICAÇÃO DA ATENUANTE INOMINADA PREVISTA NO ART. 66 DO CP, QUANDO NÃO SE VISLUMBRA CIRCUNSTÂNCIA RELEVANTE QUE AUTORIZA O SEU RECONHECIMENTO. (fl. 684)

Nesta Corte, o recorrente aponta:

I. Contrariedade e negativa de vigência aos arts. 159 do CPP; 7º e 8º da Lei n. 5.194/66; 1º, 7º, 8º, 12 e 15 da Resolução n. 218, de 29/6/73

Argumenta, para tanto, que, em se tratando de naufrágio de lancha, a perícia deveria ser realizada por peritos oficiais com qualificação técnica específica em engenharia naval. No entanto, o exame foi realizado por engenheiro civil, engenheiro elétrico, engenheiro mecânico e por odontólogo, sendo nulo o laudo, por falta de conhecimento dos peritos.

Assere que o fato de o perito ser oficial e portador de diploma de nível superior não o habilita a realizar a prova técnica fora de sua área de atuação, consoante a resolução que regulamenta a profissão de engenheiro.

Desse modo, o acórdão atacado teria contrariado "a essência do artigo 159 do Código de Processo Penal, uma vez que o perito oficial não pode extrapolar, isto é, realizar perícia onde não detém conhecimento científico prático, conforme prevê os artigos 7º e 8º da Lei n. 5.194/66; artigos 1º, 7º, 8º, 12 e 15 da Resolução nº 218 de 29 de junho de 1973, que regulamentam a profissão de engenheiro" (fl. 718).

II. Divergência jurisprudencial do acórdão atacado com o julgamento do Resp n. 253.072, relatado pelo Ministro Francisco Falcão

Defende que o acórdão recorrido guarda similitude fática com o paradigma, haja vista que os peritos oficiais não tinham formação específica no ramo naval e não poderiam realizar a prova técnica.

III. Negativa de vigência aos arts. 59 e 68 do CP

Assere que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, com fundamento na culpabilidade, nas circunstâncias e nas consequências do crime, vetores que foram considerados desfavoráveis pelo julgador sem motivação idônea.

Quanto à culpabilidade, defende que foram valorados elementos que se subsumem ao tipo, em reprovável *bis in idem*. Em relação aos dois resultados morte, também houve *bis in idem*, pois, na primeira fase, "aquelas circunstâncias que constituírem, qualificarem ou privilegiarem o crime ou de alguma forma agravarem ou atenuarem a pena não devem ser avaliadas nesse momento, para evitar a dupla valoração" (fl. 728). No mais, as consequências do crime foram inerentes ao tipo, pois a morte da vítima é resultado natural do homicídio.

IV. Negativa de vigência ao art. 65, III, b, do CP

Na segunda fase da dosimetria, sustenta que, após o naufrágio da lancha, nadou até as margens do Lago Paranoá, chamou o Corpo de Bombeiros e, inclusive, auxiliou nas buscas, o que é corroborado por depoimento testemunhal. Desse modo, seria de rigor a aplicação do art. 65, III, d, do CP, pois a eficiência exigida pela atenuante não se confunde com a eficácia.

Requer a nulidade do acórdão recorrido, no que se refere à utilização do laudo pericial, ou a readequação da dosimetria da pena.

Contrarrazões às fls. 742-749. Admissibilidade às fls. 750-752.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial do recurso e, nessa extensão, pelo seu não provimento (fls. 771-775).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.383.693 - DF (2013/0166278-0)

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL PARA SUSCITAR VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS DA LEI 5.194/66 E AO ART. 65, III, "B", DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA "C" DO ART. 105, III, DA CF. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. CONTRARIEDADE AO ART. 159 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. EXAME REALIZADO POR PERITOS OFICIAIS COM DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR. PRESCINDIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO SUPERIOR ESPECÍFICA NA ÁREA OBJETO DO EXAME. DOSIMETRIA DA PENA. OBSERVÂNCIA AOS ARTS. 59 E 68 DO CP. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

1. A negativa de vigência a artigos de resolução não enseja a interposição de recurso especial, nos estritos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

2. O requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados. Incidência da Súmula n. 282 do STF em relação à negativa de vigência aos arts. 7º e 8º da Lei n. 5.194/66 e ao 65, III, "b", do CP.

3. O conhecimento de recurso fundado na alínea "c" do art. 105, III, da Constituição Federal, por divergência jurisprudencial, exige que o recorrente realize o devido cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, a suposta incompatibilidade de entendimento e a similitude fática entre as demandas, o que não ocorreu neste caso, quanto à divergente aplicação do art. 159 do CPP.

4. A depender da complexidade do crime a ser solucionado é recomendável – no campo das expectativas, e não como exigência legal – que seja escolhido um perito oficial entre aqueles que tenham habilitação na área objeto da perícia.

5. Entretanto, a falta de formação específica na área do exame não inquina de nulidade o laudo; quando muito, pode conduzir a defesa a

criticar, de maneira consistente, o resultado dos trabalhos, cabendo ao julgador valorar a prova técnica produzida e formar sua convicção pela livre apreciação do conjunto probatório, em decisão judicial devidamente motivada.

6. A individualização da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 68 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

7. De acordo com as singularidades do caso e os vetores do art. 59 do CP, a pena-base do recorrente foi fixada acima do mínimo legal, ante o desfavorecimento da culpabilidade, das circunstâncias e das consequências do crime.

8. A culpabilidade, analisada como maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, foi bem evidenciada no acórdão recorrido, no qual se destacou ter o recorrente ciência de que a embarcação navegava com pouca borda e o dobro do número máximo de passageiros, bem como ter afirmado, após indagado sobre a possibilidade de naufrágio, haver homens capazes de salvar quem não sabia nadar, comportamento que demonstrou extremo descuido ante o bem jurídico tutelado, a merecer graduado juízo de reprovação na individualização da pena.

9. As circunstâncias do crime foram desfavoráveis ao recorrente, porquanto a ingestão de bebida alcoólica, a realização de passeio noturno, o embarque de passageiros embriagados e com capacidade de reação diminuída, a condução da lancha para local profundo e distante da margem do lago e a insuficiência de equipamentos de segurança são dados acidentais, não integrantes do tipo penal, que evidenciam a maior gravidade concreta da conduta.

10. A morte de duas pessoas ainda jovens, que contribuía para o sustento econômico da família, e o intenso sofrimento emocional causado à irmã sobrevivente, que "acompanhou o drama diretamente e carregará por toda a vida os traumas da experiência", vão além do resultado do tipo e justificam a exasperação da pena-base a título de consequências do crime.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

A controvérsia cinge-se à legalidade da perícia realizada por peritos oficiais sem formação específica em engenharia naval e à dosimetria da pena.

Passo a analisar as teses suscitadas pela defesa.

I. Contrariedade e negativa de vigência aos art. 159 do CPP; 7º e 8º da Lei n. 5.194/66; 1º, 7º, 8º, 12 e 15 da Resolução n. 218, de 29/6/73

O reclamo deve ser conhecido somente pela alínea "a", tão somente **no ponto em que foi alegada a contrariedade ao art. 159 do CPP.**

Com efeito, a suposta **negativa de vigência a artigos da Resolução n. 218, de 29/6/73, não enseja a interposição de recurso especial**, nos estritos termos do art. 105, III, da Constituição Federal. Confira-se o seguinte julgado que, apesar de proferido pela Segunda Turma, esgota a questão:

[...]

1. A violação ou negativa de vigência a Resolução, Portaria ou Instrução Normativa não ensejam a utilização da via especial, por não estar tais atos normativos compreendidos na expressão "lei federal", constante da alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

[...]

(AgRg nos EDcl no AREsp 301.700/SE, Rel. Ministro **HUMBERTO MARTINS**, 2ª T., Dje de 26/8/2013)

A seu turno, a alegada **contrariedade aos arts. 7º e 8º da Lei n. 5.194/66** não foi examinada no acórdão estadual, o que atrai, por analogia, o óbice da **Súmula 282 do STF**, à minguada do necessário prequestionamento.

Passo, pois, a analisar a suposta violação do art. 159 do CPP, ora transcrito:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por **perito oficial, portador de diploma de curso superior**. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º - Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior

preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

A alegação de invalidade do laudo pericial foi analisada com percuciência no acórdão recorrido, *in verbis*:

No tocante à alegação de invalidade do referido laudo pericial, verifica-se que a questão foi objeto do *habeas corpus* 2010 01 1 112888-4, de relatoria da Desembargadora Sandra de Santis, que indeferiu monocraticamente a inicial, assentando o seguinte:

Quanto ao pedido de nova diligência à Polícia Civil, em princípio, o Juiz pode indeferir todas as provas que considerar procrastinatórias. E como destinatário do conjunto probatório, compete-lhe velar pela direção do processo e não permitir que medidas desnecessárias sejam atendidas, se em nada contribuírem para o deslinde do feito, a não ser para procrastiná-lo. Conforme asseverado, o MM. Juiz satisfatoriamente justificou a decisão indeferitória.

O Magistrado considerou suficientes as informações contidas no ofício n.º 2.424/2011 do IC-DPT-PCDF, do Instituto de Criminalística. E, quanto ao laudo, apto aos fins a que se destina. Não poderia ser “cassado”, quando muito desentranhado.

O documento não é inidôneo e deve ser valorado pelo julgador conforme o sistema do Livre Convencimento Motivado exposto no art. 155 do CPP.

Os peritos subscritores do laudo são servidores públicos integrantes dos quadros da Polícia Civil do Distrito Federal. Não há motivo para questionar a habilidade profissional dos agentes do Estado.

De qualquer sorte, a expedição de ofício seria mesmo desnecessária e, ao que parece, a defesa pretende procrastinar o feito. Mediante simples contato telefônico com o Instituto de Criminalística, no dia 28.10.2011, às 9h, através dos números que constam no rodapé do ofício, **o perito GUILHEME ROCHA DE ALMEIDA ABREU declarou que é graduado em Engenharia Mecânica, o perito JABES DE LIMA RICARDO em Engenharia Elétrica e o perito MÁRCIO COSTA DE LEMOS em Engenharia Civil. GUSTAVO DE MELLO CAMPOS é Odontólogo.**

O valor conferido ao laudo é matéria de mérito, pertinente ao Magistrado da causa. Quanto à competência para realizar

a perícia nas embarcações, esclareço que compete à delegacia especializada da Marinha - Capitania dos Portos de Brasília - tratar das questões administrativas relativas ao acidente. O trabalho é feito em conjunto, mas a investigação criminal fica a cargo da delegacia onde ocorreu o fato - a 9ª DP - e a perícia é realizada pelo Instituto de Criminalística da Polícia Civil. **Mas nada impede que a defesa traga laudo particular para contrapor-se ao oficial.** (Trecho extraído da página eletrônica do TJDF - www.tjdft.jus.br).

Logo, não existe qualquer irregularidade no laudo pericial em discussão, **porquanto foi elaborado por profissionais especializados, sendo, por isso mesmo, detentor de plena credibilidade.**

Como bem destacou a douta Procuradoria de Justiça em seu parecer (fl. 602):

Ademais, vê-se do ofício de fls. 422/423, que **os quatro peritos responsáveis pelo laudo em questão, têm curso superior**, sendo três destes formados em engenharia, bem como que são todos formados em Curso básico e Avançado de Mergulho Autônomo (perícias subaquáticas), em Curso de Arraias e Curso de Embarcações de Estado (fls. 687-688, destaquei).

Como se constata do trecho colacionado, a prova técnica foi realizada por **quatro peritos oficiais**, servidores públicos pertencentes aos quadros do Instituto de Criminalística da Polícia Civil do Distrito Federal, sendo três deles **portadores de diploma de nível superior** em engenharia elétrica, mecânica e civil, respectivamente, e o derradeiro, em odontologia.

Nesse contexto, não há falar em violação do art. 159 do CPP, pois tal dispositivo não exige habilitação técnica específica na área da perícia, mas somente diploma de curso superior dos peritos oficiais. Até mesmo na falta destes, admite-se que o exame seja realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, **preferencialmente** na área específica.

Destaco que, na hipótese dos peritos oficiais, a atribuição para realizar a prova técnica decorre, além da previsão do art. 159 do CPP, do próprio Regimento Interno da Polícia Civil do Distrito Federal (Decreto n. 30.490/2009, art. 96).

A exigência de nível superior que, repita-se, não é adstrita à área específica da perícia, foi acrescentada ao ordenamento pátrio pela Lei n.

Superior Tribunal de Justiça

11.600, de 9/6/2008, que prevê, inclusive, a possibilidade de perito sem graduação em nível superior realizar o exame técnico-científico, consoante o art. 2º, *in verbis*:

Aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para os quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos.

O exame técnico, quando realizado por perito oficial, além de ser elaborado por pessoa que, para ingressar na carreira pública, deve prestar concurso, preencher requisitos acadêmicos previamente estabelecidos e frequentar curso de formação, é articulado em uma unidade orgânica sujeita à supervisão, controle e orientação de uma divisão técnica, o que o diferencia, por exemplo, de um laudo realizado por particular, de forma individual e sem o aparato estatal.

É necessário lembrar que, consoante a lição de Gustavo Badaró, o "processo é um instrumento gnosiológico inapto à descoberta da verdade absoluta ou objetiva". Assim, no julgamento dos fatos, o juiz deve escolher "a hipótese racionalmente mais atendível entre as diversas reconstruções possíveis dos fatos da causa e, em consequência, a verdade dos fatos não pode ser uma verdade absoluta, mas apenas a hipótese mais provável, segundo os elementos de confirmação" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003, p. 61-62).

Com efeito, como pontua Luigi Ferrajoli, um dos maiores problemas da atividade jurisdicional, na busca da verdade dos fatos que lhe são submetidos a julgamento, reside na impossibilidade de ser alcançada uma verdade certa, objetiva e absoluta, sendo mais razoável afirmar que dela se pode apenas aproximar, tanto por meio de processos indutivos (verdade fática) quanto dedutivos (verdade jurídica) (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Ed. Trotta).

Nessa toada, no grande desafio de se buscar a maior aproximação possível dos fatos ocorridos, a depender da magnitude e da complexidade do crime a ser solucionado, é recomendável – no campo das expectativas, e não como exigência legal – que seja escolhido um perito oficial, preferencialmente, entre aqueles que tenham conhecimento técnico na área objeto do exame. Entretanto, a falta de formação específica na área da perícia não inquina de nulidade, por si só, a prova técnica; quando muito, pode conduzir a defesa a criticar, de maneira consistente, o resultado dos trabalhos

periciais.

Para as instâncias ordinárias, o trabalho dos peritos oficiais primou pela excelência técnica e não era necessária a formação em engenharia naval para atestar que a embarcação naufragada não apresentava avaria, estava distante das margens do lago, em local de grande profundidade, sem equipamento de segurança adequado e com quase o dobro de passageiros permitidos. Ademais, a defesa não foi impedida de impugnar as conclusões da perícia e de produzir laudo particular para contrapor-se ao oficial.

Dessarte, as instâncias ordinárias formaram sua convicção pela livre apreciação da prova e fundamentaram o édito condenatório no laudo pericial, nas declarações das testemunhas e nas gravações de vídeo e fotografias da lancha, obtidas pouco antes do momento do naufrágio, motivos pelos quais não há falar em nulidade da condenação.

Não constato, portanto, violação do art. 159 do CPP.

II. Divergência jurisprudencial do acórdão atacado com o julgamento do Resp n. 253.072, relatado pelo Ministro Francisco Falcão

O recurso especial, nesse ponto, não comporta conhecimento, pois **não há similitude fática entre o acórdão recorrido e o acórdão apontado como paradigma**, que versa controvérsia cível, em que o auxiliar do juízo – e não peritos oficiais concursados e empossados em cargo público da Polícia Civil – realizou exame atinente à apuração de perdas e danos.

O conhecimento de recurso fundado na alínea "c" do art. 105, III, da Constituição Federal, por divergência jurisprudencial, exige que o recorrente realize o devido cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, a suposta incompatibilidade de entendimento e a similitude fática entre as demandas, o que não ocorreu neste caso.

III. Negativa de vigência aos arts. 59 e 68 do CP

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de

pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à reprovação do delito perpetrado.

Assim, para obter-se uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto, devendo, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal. São elas: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.

Consoante entendimento deste Superior Tribunal, "inexistindo desproporcionalidade ou tampouco falta de fundamentação no aumento da pena-base, é vedado o reexame em recurso especial dos detalhes que circundaram a ação delituosa dos Recorrentes, pormenorizadamente analisados pelas instâncias ordinárias, por demandar incursão na seara fático-probatória dos autos, que é vedada pela Súmula n.º 07 desta Corte Superior" (REsp 1.307.166/SP, Rel. **Ministra Laurita Vaz**, 5ª T., DJe de 6/9/2013).

No caso, a pena-base do recorrente foi fixada acima do mínimo legal pela análise desfavorável da **culpabilidade**, das **circunstâncias** e das **consequências** do crime, *in verbis*:

Na primeira fase, tenho que a fixação da pena-base acima do mínimo legal se encontra justificada pela análise desfavorável da culpabilidade, das circunstâncias e das consequências do crime, como destacou o Doutor Juiz, *verbis*:

a) Quanto à culpabilidade, entendo que **o resultado lesivo, além de previsível, foi efetivamente previsto pelo agente, já que o embarque do dobro do número máximo de passageiros comportado pela lancha não permite dúvidas quanto à possibilidade de um naufrágio.** Como consta das declarações das testemunhas, o barco navegava com pouca borda, ficando a faixa de água bem próxima à borda do convés. **O acusado sabia conscientemente que havia o risco de entrada de água.** Indagado pela vítima Rita de Cássia sobre tal fato, afirmou que havia homens capazes de salvar quem não sabia nadar, demonstrando que havia previsto o resultado, mas considerava-se capaz de evitá-lo. Assim sendo, entendo que **ao réu deve ser imputada a culpa consciente, o que enseja maior reprovabilidade da conduta,** razão pela qual exaspero a pena em 1/3 (um terço), ou seja, 4 (quatro) meses de reclusão.
[...]

f) As **circunstâncias do fato criminoso ultrapassam o básico do tipo penal**. Constatam-se dos fatos uma conjugação de elementos que tornam mais grave e reprovável a conduta. **O acusado havia ingerido bebida alcoólica durante o dia e não se preocupou com o fato de promover um passeio noturno, com boa parte dos passageiros em estado de embriaguez e comportamento inquieto, de forma que o fato ocorreu já passadas algumas horas da madrugada, de forma que a capacidade de reação ao perigo de todos estava bastante reduzida.** O fato ocorreu em local distante das margens do Lago Paranoá e de grande profundidade, diminuindo a capacidade de resistência das vítimas e aumentando o tempo necessário para a chegada do resgate. Além da **insuficiência e impropriedade dos coletes de salva-vidas, outros itens de segurança e orientação para salvamento não se encontravam na embarcação**, em desrespeito às normas técnicas cogentes aplicáveis. Por outro lado, **o acusado procurou socorro e cooperou no trabalho de resgate das vítimas. Por tais razões, exaspero a pena em 1/3 (um terço), ou seja, 4 (quatro) meses de reclusão.**

g) As **consequências foram graves** e, a meu ver, ultrapassam o básico do tipo. Por certo, a morte é a decorrência natural do delito de homicídio. Entretanto, cumpre asseverar que se tratava de **duas vítimas muito jovens, irmãs, ainda iniciando a vida adulta, que contribuíam com o sustento da família. A outra irmã sobrevivente, Rita de Cássia Queiroz de Lira, acompanhou o drama diretamente e carregará por toda a vida os traumas da experiência, compartilhada com toda a família**, conforme relatou em seu depoimento judicial. No entender de Guilherme de Souza NUCCI, do qual compartilho: "O mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico, é a consequência a ser considerada para a fixação da pena. É lógico que num homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. **Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado**, pois trata-se de uma consequência não natural do delito (Individualização da Pena, 3ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 204). (fls. 700-701, destaquei)

O conceito de culpabilidade, envolto em intensos debates

doutrinários, costuma ser utilizado em três sentidos no Direito Penal pátrio, que aqui sintetizo apenas para compreensão do julgado: a) como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; b) como limite à sanção estatal, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; c) como pressuposto da aplicação da pena ou, para os que adotam a teoria tripartida do delito, como elemento analítico do crime.

Para a análise da dosimetria e da aventada violação do art. 59 do CP, interessa-nos a culpabilidade como limite à sanção estatal, circunstância judicial introduzida no art. 59 do CP pela reforma penal de 1984, em substituição ao critério da intensidade do dolo ou grau de culpa, que permite a mensuração da reprovabilidade que recai sobre o agente, ante o bem jurídico ofendido.

Busato sustenta que "os limites da liberdade de agir implicam em proporcional reprovação desse agir. Assim, a culpabilidade representa também o grau de reprovabilidade de cada conduta em face do seu contexto. É uma medida de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade" (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 525)

Nesse diapasão, verifico que as instâncias ordinárias destacaram que "o resultado lesivo, além de previsível, foi efetivamente previsto pelo agente" (fl. 700). Tal afirmação, isoladamente, não justifica o recrudescimento da pena-base, pois se trata de argumento tendente a construir a ideia de culpa consciente ou de dolo eventual, elementos da tipicidade. Entretanto, o acórdão recorrido acrescentou que o agente permitiu o embarque do dobro do número de passageiros comportado pela lancha, tinha pleno conhecimento de que o barco navegava com pouca borda, que havia risco de entrada de água e, indagado pela vítima sobre a possibilidade de naufrágio, limitou-se a afirmar que havia homens capazes de salvar quem não sabia nadar. O contexto delineado, a meu ver, demonstra o maior grau de culpa, o extremo descuido do recorrente ante o bem jurídico tutelado, que justificam a graduada e diferenciada censurabilidade na individualização da pena.

As circunstâncias do crime também são desfavoráveis ao recorrente, pois foram delineados dados acidentais e não integrantes do tipo que permitem a elevação da pena-base, tais como: a **ingestão de bebida alcoólica** pelo recorrente; o fato de promover um **passeio noturno, com passageiros em estado de embriaguez, comportamento inquieto e capacidade de reação ao perigo diminuída**; a **condução da embarcação para local distante das margens do lago, de grande profundidade**; a

insuficiência e a impropriedade dos itens de segurança.

Para Cleber Masson, esta circunstância judicial é evidenciada por "dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram sua estrutura, tais como o modo de execução do crime, os instrumentos empregados em sua prática, as condições de tempo e local em que ocorreu o ilícito penal, o relacionamento entre o agente e o ofendido etc." (MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Ed. Método, 2013, p.661)

Finalmente, em relação às consequências do crime, também não constato a violação apontada. Consta do acórdão que os eventos danosos provocados pela morte das vítimas ultrapassaram o básico do tipo, pois eram muito jovens, irmãs e contribuía para o sustento da família. A morte da vítima é, por certo, consequência natural do crime de homicídio, mas a morte de pessoa ainda jovem, que contribui para o sustento econômico da família, e o sofrimento causado à irmã sobrevivente, que "acompanhou o drama diretamente e carregará por toda a vida os traumas da experiência" (fl. 701), autorizam a exasperação da pena, pois vão além do tipo penal, como, de resto, pontuado em lição doutrinária de Guilherme Nucci, referida na sentença.

Entendo, pelas razões expostas, que não houve violação dos arts. 59 e 68 do CP.

IV. Negativa de vigência ao art. 65, III, "b", do CP

No ponto, o recorrente asseve ser patente a aplicação da atenuante genérica, pois procurou minorar as consequências do crime. Ademais, "a eficiência exigida pela atenuante não se confunde com eficácia, e limita-se ao esforço despendido pelo agente para evitar ou minorar as consequências e não o resultado efetivamente conseguido" (fl. 729).

Em que pese a qualificada insurgência, o Tribunal de origem não debateu ou adotou entendimento explícito a respeito da tese defensiva, nem fez menção ao art. 65, III, "b", do CP, cuja aplicação é questionada. Assim, quanto a esse tópico, o recurso especial não deve ser conhecido, por ausência de prequestionamento, requisito essencial de sua admissibilidade.

A exigência legal do prequestionamento encontra-se no próprio texto constitucional, nos arts. 102 e 105, III, da Constituição Federal, quando fixa a competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de questões **decididas em única ou última**

instância.

Consoante já decidido pela Sexta Turma: "O requisito do prequestionamento pressupõe **prévio debate da questão pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados.** Incidência das **Súmulas n. 282 e 356 do STF.**" (AgRg no REsp 1426626/RS, de minha relatoria, DJe de 17/11/2014, destaquei)

IV.

À vista do exposto, conheço em parte o recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

