

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.046611-2, de São Carlos
Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL (ART. 121, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. INSURGÊNCIA CONTRA A DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DE ANÁLISE OBJETIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA.

- Impedir o reconhecimento pelo Juiz Presidente de toda e qualquer circunstância atenuante e agravante não debatida expressamente em plenário ofende o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal.

- A agravante da reincidência, a exemplo do que ocorre com as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea (CP, art. 65, I e III, "a") tem caráter objetivo e, portanto, a sua constatação independe da análise subjetiva do julgador.

CONTRARRAZÕES. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INVIABILIDADE. VERBA CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU.

- Somente é cabível nova fixação de honorários advocatícios ao defensor dativo que tenha sido nomeado como procurador judicial para atuar exclusivamente no âmbito recursal.

- Parecer da PGJ pelo conhecimento e não provimento do recurso.

- Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.046611-2, da comarca de São Carlos (Vara Única), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado Fabiano de Oliveira:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reconhecer a agravante da reincidência na

dosimetria. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Desembargadora Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Desembargador José Everaldo Silva.

Florianópolis, 3 de setembro de 2013.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Fabiano de Oliveira, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, c/c art. 1º, I, da Lei 8.072/1990, em razão dos seguintes fatos (fls. II-IV):

Em 4 de dezembro de 2010, por volta das 23h, em Águas de Chapecó, nas proximidades do Hotel Taglian, Fabiano de Oliveira, portando faca (não-apreendida), por motivo fútil e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, atentou contra a vida de Sebastião do Nascimento, logrando matá-lo.

Na prática delitiva, o denunciado, contando com a interferência de terceiro, obteve carona até Águas de Chapecó, junto ao veículo da vítima Sebastião do Nascimento e, durante o trajeto, passou a solicitar transporte até a cidade de Chapecó, o que foi recusado pela vítima.

Assim é que, na rua Concórdia, nas proximidades da ponte Jorge Lacerda, em Águas de Chapecó, a vítima cessou a trajetória do automóvel, desceu do veículo e solicitou que o denunciado Fabiano fizesse o mesmo.

Irresignado com a negativa da vítima em transportá-lo até Chapecó, Fabiano de Oliveira desembarcou do veículo e, imbuído de *animus necandi*, fazendo uso da faca que portava, desferiu contra Sebastião violento golpe no abdômem, produzindo-lhe lesão que foi a causa da morte da vítima (documentos de fls. 9-14), acometida de inflamação generalizada, decorrente do ferimento perfurocortante de extensão em flanco abdominal à direita, com evisceração.

A vítima foi socorrida e encaminhada a nosocômios; contudo, em 7 de janeiro de 2011 veio ela a falecer, consumando-se o homicídio intencionado por Fabiano de Oliveira.

O denunciado Fabiano de Oliveira praticou o crime por motivo fútil, diante da mera recusa da vítima em lhe transportar, no final da noite, até o município de Chapecó, tendo se utilizado de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, que de pronto anuiu com a gratuita carona do denunciado até Águas de Chapecó, não podendo supor que este viesse a ceifar-lhe a vida, mediante ato de violenta agressão contra a sua pessoa, diante da recusa em efetuar outro transporte.

Sentença: o Conselho de Sentença entendeu por condenar o réu Fabiano de Oliveira à pena privativa de liberdade de 16 (dezesesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao disposto no art. 121, § 2º, II, do Código Penal (fls. 850-854).

Recurso de apelação interposto pelo Ministério Público: nas razões recursais, a acusação sustentou que deve ser aplicada a circunstância agravante da reincidência em razão da certidão de fl. 427, nos termos do art. 61, I, do Código Penal e, conseqüentemente, majorada a pena.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja reconhecida a reincidência (fls. 859-862).

Contrarrazões ofertadas por Fabiano de Oliveira: impugnou as razões recursais, defendendo que:

a) não há reparos a serem feitos na pena, pois inexistente prova da reincidência no caso, especialmente porque a certidão acostada aos autos expedida

pelo cartório judicial pode apresentar equívocos;

b) deve ser arbitrado honorários advocatícios em favor do defensor nomeado.

Pugnou, ao final, que o recurso seja conhecido e desprovido (fls. 874-880).

Parecer da PGJ: o Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 902-904).

Este é o relatório.

VOTO

1 Do reconhecimento da agravante da reincidência

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra sentença que condenou o réu Fabiano de Oliveira à pena privativa de liberdade de 16 (dezesesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por infração ao disposto no art. 121, § 2º, II, do Código Penal.

O apelante não se insurge acerca da materialidade e autoria delitivas. As razões do apelo cingem-se, tão somente, quanto à aplicação da pena privativa de liberdade, com base na alínea "c", do inciso III do art. 593 do CPP, ao argumento de que a magistrada *a quo* deixou de reconhecer a agravante da reincidência na aplicação da pena.

Cumpra registrar que esta hipótese "diz respeito, exclusivamente, à atuação do juiz presidente, não importando em ofensa à soberania do veredicto popular. Logo, o Tribunal pode corrigir a distorção diretamente", sem necessidade de se proceder um novo julgamento (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do júri. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 393).

Dessa forma, passa-se à análise da reprimenda imposta ao apelante pela prática do crime de homicídio qualificado.

O apelante pretende o reconhecimento da agravante da reincidência, prevista no inciso I do art. 61 do Código Penal, decorrente do teor da certidão de antecedentes criminais de fl. 427.

Compulsando os autos, não há dúvidas de que o apelado, quando dos fatos, já possuía uma condenação transitada em julgado (autos 018.06.013021-8), conforme consta na certidão de fl. 427.

Observa-se que a agravante da reincidência não foi alegada em plenário, pois nada consta na Ata da Sessão do Tribunal do Júri (fl. 844).

Para analisar se houve injustiça na aplicação da pena, é preciso saber se a magistrada *a quo* poderia ter reconhecido a referida agravante, quando da prolação da sentença, independentemente de sua alegação nos debates.

A antiga redação do artigo 848 do Código de Processo Penal preconizava que as agravantes e atenuantes deveriam ser objeto de quesitação a serem submetidas ao Conselho de Sentença.

Com o advento da Lei 11.689/2008, a qual promoveu diversas alterações no procedimento referente ao Tribunal do Júri, eliminou-se a obrigatoriedade de quesito específico. A existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes será objeto de valoração na sentença pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri, desde que alegadas em debate, a teor do art. 492, I, *b*, do CPP, *in verbis*:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

[...]

b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates; [...]

Assim, com a nova determinação legal, compete ao Juiz Presidente apreciar as atenuantes e agravantes quando da fixação da pena.

No caso, verifica-se que a reincidência se trata de agravante de natureza objetiva, de modo que pode ser sopesada pelo Juiz Presidente ainda que não tenha sido alegada nos debates orais.

A agravante da reincidência, a exemplo do que ocorre com as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea (CP, art. 65, I e III, "a") tem caráter objetivo e, portanto, a sua constatação independe da análise subjetiva do julgador.

Isso porque, em que pese posicionamentos contrários, tem-se que a nova determinação legal não deve ser aplicada de forma literal e tão rigorosa, afinal, afiguraria-se impróprio determinar que seja debatida circunstância que não subsiste dúvida, ou seja, que esteja documentalmentemente comprovada.

Entende-se que impedir o reconhecimento pelo Juiz Presidente de toda e qualquer circunstância atenuante e agravante não debatida expressamente em plenário ofende o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Walfredo Cunha Campos leciona:

Importante notar que as agravantes e atenuantes só serão consideradas pelo juiz quando alegadas nos debates (art. 492, I, b, do CPP) pelas partes. A consequência lógica desse dispositivo legal é que, mesmo se estiverem comprovadas nos autos as causas de exasperação ou de diminuição referidas, mas se não tiverem sido sustentadas pelos tribunais, o juiz estaria impossibilitado, de ofício, de reconhecê-las, aumentando ou minorando a sanção em razão de sua existência. Essa interpretação não pode ser tão rigorosa, sob pena de consagrarem-se clamorosas injustiças (Tribunal do júri: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010. p. 237) (grifado agora).

É de se ponderar que é direito indisponível do acusado ter sua pena individualizada, independentemente do rito processual adotado.

Sobre circunstâncias atenuantes e agravantes objetivas, extrai-se do julgado do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO DEBATIDA NO PLENÁRIO. AUTODEFESA. PLENITUDE DE DEFESA. RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. NATUREZA OBJETIVA DA ATENUANTE. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO RÉU. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE RESGUARDADOS. HARMONIZAÇÃO DO ART. 492, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, AOS ART. 65, III, D, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 5º, XXXVIII, "A", e XLVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Pode o Juiz Presidente do Tribunal do Júri reconhecer a atenuante genérica atinente à confissão espontânea, ainda que não tenha sido debatida no plenário, quer em razão da sua natureza objetiva, quer em homenagem ao predicado da amplitude de defesa, consagrado no art. 5º, XXXVIII, "a", da Constituição da República.

2. É direito público subjetivo do réu ter a pena reduzida, quando confessa

espontaneamente o envolvimento no crime.

3. A regra contida no art. 492, I, do Código de Processo Penal, deve ser interpretada em harmonia aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.

4. Conceder a ordem (HC 106376, Primeira Turma, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, j. 1.3.2011, v.u.) (grifado agora).

Neste sentido, colaciona-se precedentes desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO SIMPLES, NA FORMA TENTADA (ART. 121, CAPUT, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL) E FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES, NA FORMA TENTADA (ART. 155, § 4º, INCISOS I E IV, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). TRIBUNAL DO JÚRI. OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA FORMA RETROATIVA, EM RELAÇÃO AO DELITO DE FURTO QUALIFICADO TENTADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, DE OFÍCIO, QUANTO AO CRIME EM QUESTÃO.

Imperioso reconhecer a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua espécie retroativa, quando entre o recebimento da denúncia e a publicação da decisão de pronúncia transcorreu lapso temporal suficiente para tal, nos termos dos artigos 109 e 110 do Código Penal.

SUPOSTA INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA QUANTO AO CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE MERECEM, DE FATO, ENSEJAR O AUMENTO DA REPRIMENDA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO REALIZADOS EM VIA PÚBLICA, NO INÍCIO DA MANHÃ, PRÓXIMO A PONTO DE ÔNIBUS. SEGUNDA ETAPA DO CÁLCULO. RECONHECIMENTO, NA SENTENÇA, DE CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE SEM PROVA DE QUE A MESMA FOI OBJETO DOS DEBATES EM PLENÁRIO. AGRAVANTE, ALIÁS, DE AVERIGUAÇÃO SUBJETIVA. AGRAVANTE AFASTADA. PENA REDIMENSIONADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Desde que fundada em elementos contidos nos autos e escorada em fundamentação razoável e idônea, nada impede que a análise das circunstâncias judiciais enseje a majoração da reprimenda cominada ao réu, caso os elementos que envolvem o crime, nos seus aspectos objetivos e subjetivos, assim recomendem. Caso contrário, estar-se-ia negando vigência ao princípio constitucional da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, inciso XLVI, da Carta Magna.

2. Com a edição da Lei n. 11.689/2008, que efetuou reforma no Código de Processo Penal e, em especial, no procedimento relativo ao Tribunal do Júri, passou a ser possível o reconhecimento, na sentença, de circunstâncias agravantes e atenuantes não quesitadas ao Corpo de Jurados, desde que arguidas durante os debates orais em plenário (Apelação Criminal 2011.004675-6, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 18.12.2012, v.u.) (grifado agora).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO ART. 121, § 2º, II E IV c/c ART. 14, II, AMBOS DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTROVERSAS. ALEGADA NULIDADE EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DA OITIVA DA VÍTIMA. DESNECESSIDADE,

PORQUANTO OUVIDA EM AUDIÊNCIA ANTERIOR, NARRANDO DE FORMA DETALHADA A OCORRÊNCIA DOS FATOS. ALEGAÇÃO DE QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO UTILIZOU O SILÊNCIO DO ACUSADO PARA APROVEITÁ-LO EM SEU DESFAVOR. ART. 478, II, CPP. NULIDADE INEXISTENTE. SITUAÇÃO QUE NÃO INTERFERIU NA DECISÃO DOS JURADOS. ADEMAIS, RÉU QUE FOI ADVERTIDO DE SUA GARANTIA CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE, VEZ QUE O RECONHECIMENTO DA AUTORIA SE DEU NA FORMA QUALIFICADA. **DESNECESSIDADE DE FORMULAÇÃO DE QUESITOS ACERCA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ANÁLISE OBJETIVA. MAJORAÇÃO DA PENA, NA SEGUNDA FASE DO CÁLCULO, QUE OBSERVOU A FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) APLICADO POR ESTE TRIBUNAL.** PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA NO SEU GRAU MÁXIMO, EM RAZÃO DA TENTATIVA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO QUE AUTORIZA A DIMINUIÇÃO EM 1/2 (UM MEIO). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal 2012.001990-3, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 12.6.2012, v.u.) (grifado agora).

APELAÇÃO CRIMINAL TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES. ART. 121, CAPUT, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. REFORMA DA DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA REPRIMENDA APLICADA. **CONSIDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES NO CÁLCULO DA PENA. QUESITAÇÃO QUE DEIXOU DE SER IMPRESCINDÍVEL COM A NOVA REDAÇÃO DOS ARTS. 483 e 492, I, B, DO CPP (LEI N. 11.689/2008).** AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DAS PARTES NESSE SENTIDO NOS DEBATES EM PLENÁRIO. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. AGRAVANTE QUE SE LASTRA EM DADO OBJETIVO E PODE SER APLICADA DE OFÍCIO PELO JULGADOR QUANDO COMPROVADA NOS AUTOS. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS NECESSÁRIOS AO SEU RECONHECIMENTO. AGENTE QUE CONFESSA A CONDUTA COM A RESSALVA DE QUE AGIU EM LEGÍTIMA DEFESA. CONFISSÃO QUALIFICADA QUE NÃO ATENUA A PENA. REDUÇÃO DA REPRIMENDA EM VIRTUDE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO REFERENTE À TENTATIVA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM SEU GRAU DE 1/2. INVIABILIDADE. ITER CRIMINIS TOTALMENTE PERCORRIDO. REDUTOR DE 1/3 CORRETAMENTE APLICADO PELO SENTENCIANTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal 2010.000843-0, Primeira Câmara Criminal, Rel^a. Des^a. Marli Mosimann Vargas, j. 4.11.2010, v.u.) (grifado agora).

Assim, embora não se desconheça a existência de entendimento em sentido contrário, posiciono-me pela possibilidade de aplicar a referida circunstância ainda que não tenha sido aventada nos debates orais.

Desse modo, acolhe-se o pedido para reconhecer a agravante da reincidência e, por consequência, passa-se à readequação da pena.

Utilizando os parâmetros da magistrada *a quo*, a pena-base ficou

estabelecida em 14 (catorze) anos de reclusão em razão do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes). Na segunda fase, reconhecidas as agravantes do cometimento do crime por meio de recurso que dificultou a defesa do ofendido e da reincidência (autos 018.06013021-8, fl. 427) e, inalterados os demais termos, majora-se a pena 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reconhecer a agravante da reincidência e, conseqüentemente, majorar a pena para 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantidos, no mais, o comando sentencial.

2 Dos honorários advocatícios

Em sede de contrarrazões, o apelado busca o deferimento dos honorários advocatícios em favor do seu defensor.

No caso, o acusado já vem sendo assistido por procurador nomeado pela juízo *a quo* à fl. 463 dos autos (Dr. Gustavo Teixeira Segala - OAB/SC 21.017), o qual o representou em todos os atos processuais, tendo a magistrada fixado-lhe honorários advocatícios em R\$ 4.100,00 (quatro mil e cem reais).

Assim, conforme a tabela de honorários advocatícios da OAB/SC, constante na Lei Complementar Estadual n. 155/1997, este somente seria cabível se o defensor dativo tivesse sido nomeado como procurador judicial para atuar no âmbito recursal, o que não é o caso.

Logo, improcedente o pedido nesse ponto.

Este é o voto.