

HABEAS CORPUS Nº 291.660 - SP (2014/0070627-8)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : FABIO TOFIC SIMANTOB E OUTRO
ADVOGADO : FABIO TOFIC SIMANTOB E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO CAETANO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Diego Caetano**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o Ministério Público estadual denunciou o paciente, juntamente com outro corréu, como incurso nos arts. 121, § 2º, I e IV, c/c 29, ambos do Código Penal (fls. 20/22). Terminada a primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, sobreveio decisão pronunciando os acusados como incurso no crime imputado na denúncia (fls. 60/64 - Ação Penal n. 444/2008).

Irresignada, a defesa interpôs recurso em sentido estrito na colenda Corte de origem, que deu provimento ao apelo para anular a decisão de pronúncia, determinando que fosse apreciado o pedido de reconstituição do crime (fls. 65/69 - Recurso em Sentido Estrito n. 990.09.224604-6):

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA ADOÇÃO DO NOVO RITO PROCESSUAL PREVISTO NA Lei nº 11.689/2008 - DESNECESSIDADE - NULIDADE - INOCORRÊNCIA. Desnecessária a fundamentação da decisão que determina a adoção do novo rito processual penal, previsto na Lei nº 11.690/08, em face da existência de norma cogente sobre a aplicabilidade imediata na nova lei processual penal, estabelecida no artigo 2º do Código de Processo Penal.

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL - AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE PEDIDO DE RECONSTITUIÇÃO DO CRIME - OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO - NULIDADE - RECONHECIMENTO. A ausência de apreciação do pedido de reconstituição do crime leva à nulidade absoluta

absoluta da sentença, por ofensa à garantia constitucional da ampla defesa e à exigência, além do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Realizada a diligência, foi proferida nova decisão de pronúncia, dando o paciente e o corréu como incurso novamente nos arts. 121, § 2º, I e IV, c/c 29, ambos do Código Penal (fls. 34/38).

Inconformada, a defesa novamente ajuizou recurso em sentido estrito no Tribunal *a quo*, que negou provimento ao apelo (fls. 50/54 - Recurso em Sentido Estrito n. 9000010-59.2008.8.26.0405):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO
PRONÚNCIA - COMPROVADA A MATERIALIDADE E PRESENTES
INDÍCIOS SUFICIENTES DE COAUTORIA - CABIMENTO - Presentes nos autos elementos suficientes à comprovação da materialidade delitiva e indícios satisfatórios da participação do denunciado na prática de homicídio qualificado, cabível a pronúncia do acusado, para que o soberano Tribunal Popular do Júri julgue a matéria de fundo, da sua competência constitucional.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO
- EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS - NÃO CABIMENTO - Questões ligadas diretamente ao mérito, que devem ser submetidas ao Tribunal do Júri.

Daí o presente *writ*, em que se alega constrangimento ilegal consistente na: a) consideração, pelo Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, de circunstância não indicada na denúncia e na decisão de pronúncia, para manter a qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal; e b) consideração, pelas instâncias ordinárias, da superioridade numérica de agentes, como circunstância apta a configurar a qualificadora do recurso que impediu ou dificultou a defesa da vítima.

Sustentam os impetrantes que ao invocar que o crime teria sido cometido mediante "surpresa", o Tribunal *a quo* incrementou os termos da acusação, ofendendo, inclusive, o princípio da preclusão, pois não houve recurso da acusação.

Aduzem que a qualificadora do recurso que dificultou ou tornou

impossível a defesa da vítima não deve subsistir, pois não se demonstrou "*de que forma a diferença no número de agentes teria dificultado ou impossibilitado a defesa da vítima*" (fl. 15).

Postulam, então, o deferimento de medida liminar para que seja suspensa a ação penal, até o julgamento do mérito do presente *writ*.

No mérito, requerem a concessão da ordem, a fim de que seja anulado o acórdão hostilizado ou afastada a qualificadora fundamentada na "superioridade numérica de agentes".

É o relatório.

Dúvidas não há de que o deferimento de liminar é medida excepcional, cabível apenas em hipóteses de patente ilegalidade.

In casu, da análise dos autos, ao menos em um juízo perfunctório, verifica-se que o pedido formulado, além de revestir-se de plausibilidade jurídica, está amparado pelo *periculum in mora*, sendo o caso de deferir-se a medida de urgência.

O Juízo de primeiro grau reconheceu a qualificadora consistente na utilização de "*recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido*" (art. 121, § 2º, IV, CP), mediante a seguinte fundamentação:

[...]

Quanto às qualificadoras deste delito constantes da denúncia, por não ser impertinente ou dissociada do contexto probatório, deve ser levada a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Com efeito, do que decorre da instrução - ao menos de forma indiciária - os réus teriam agido com emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, na medida em que agiram em superior número.

[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, ao manter a circunstância, consignou que (fl. 69):

[...]

Por outro lado, consta que os acusados são pessoas ligadas à facção

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 1490 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 02 de Abril de 2014 Publicação: Quinta-feira, 03 de Abril de 2014

criminosa que age nos presídios e agiram por represália, pelo fato de a vítima trabalhar como agente penitenciário em Osasco, e esta quando da agressão, estava desprevenida, sendo surpreendida por Diego e seus comparsas, e não esperava o violento ataque, sendo, pois, cabível a pronúncia com a inserção das qualificadoras previstas nos incisos I e IV do § 2º, artigo 121 do Código Penal.

[...]

Conforme se vê, o Tribunal de origem, de fato, acrescentou circunstância não invocada pelo Juízo de primeiro grau, para manter a qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal, podendo-se falar, em princípio, em *reformatio in pejus*.

Em face do exposto, **defiro** o pedido liminar, em menor extensão, apenas para determinar que a sessão de julgamento do Tribunal do Júri a ser realizada no dia 3/4/2014, atenha-se aos termos da decisão de pronúncia, devendo ser obstado o acesso dos jurados ao acórdão confirmatório, decorrente do julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 9000010-59.2008.8.26.0405.

Comunique-se com urgência.

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora e, com estas, ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se.

Brasília, 31 de março de 2014.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator