

**Excelentíssimo Senhor Desembargador da 10ª Câmara Criminal do Tribunal de
Justiça de São Paulo**

Recurso de apelação nº 0009211-58.2009.8.26.0224

, por seus advogados, vem apresentar as
anexas razões de apelação.

São Paulo, 12 de setembro de 2012.

Hugo Leonardo
OAB/SP 252.869

Mariana Chamelette L. Vieira
OAB/SP 311.029

Razões de apelação em favor de

██

1. **Síntese**

██████████ foi condenado pelo homicídio que vitimou ██████████ ██████████, sua esposa. Na data dos fatos, ocorridos na garagem da residência do casal, e com a chegada da polícia militar sucedendo-se a colheita de alguns depoimentos pelos milicianos, decidiu-se por se lavrar o auto de prisão em flagrante contra o apelante com a suspeita de que seria ele o autor do delito.

Com a prisão de ██████████, a realização de buscas na residência do casal e no automóvel do apelante, a polícia encontrou uma cédula de identidade e um cartão bancário, ambos de propriedade de ██████████, uma vizinha do casal. Localizou-se, ainda, uma folha de cheque em nome de ██████████ e cartões de lojas e bancos em nome de ██████████.

██████████ confirmou em sede policial ter furtado, no mês de dezembro de 2008 (dois meses antes do homicídio), o cartão bancário e a cédula de identidade de ██████████. Na denúncia explicitou-se também aquilo que viria a ser imputado ao apelante como o delito de receptação, no que diz respeito aos artigos de propriedade de ██████████ e ██████████:

Quanto à cártula, de propriedade de ██████████, e aos cartões de lojas e bancos, de propriedade de ██████████, o denunciado afirmou tê-los recebido de pessoa desconhecida, que disse que ele poderia fazer uso deles como bem entendesse (doc. 1, fl. 4D).

Registre-se que tal fato também não ocorreu na data da morte de sua esposa e nada do que foi articulado para imputar os delitos patrimoniais tem relação com o

homicídio. No entanto, decidiu o representante do *Parquet* denunciar o apelante como incurso nas penas do delito de homicídio duplamente qualificado pela morte de sua esposa e, em conjunto com essa acusação, imputar também os delitos previstos no art. 155, pelo suposto furto da cédula de identidade e cartão bancário de [REDACTED], e pelo delito previsto no art. 180, em relação aos cartões e cópia recebidas de uma mulher desconhecida do apelante.

Transcorrida a primeira fase do processamento, o Promotor de Justiça oficiante requereu a pronúncia do apelante pelo homicídio duplamente qualificado e pelos dois delitos patrimoniais que não guardam nenhuma relação com o evento apurado nesses autos de competência da Vara do Júri. Ouvida a defesa com o encerramento da instrução, o Juízo de primeiro grau pronunciou [REDACTED] nos termos propostos pelo representante ministerial, mas asseverando o que segue:

Havendo infrações penais conexas, incluídas na denúncia, devidamente recebidas, pronunciado o réu pelo delito doloso contra a vida, deve o juiz remeter a julgamento pelo Tribunal do Júri os conexos, sem proceder a qualquer análise de mérito ou de admissibilidade quanto a eles. Aliás, se eram grotescos, atípicos ou inadmissíveis os delitos conexos, tão logo foi oferecida a denúncia, cabia ao magistrado rejeitá-la. Se acolheu a acusação, deve repassar ao juiz natural da causa o seu julgamento. Caberá, assim, aos jurados checar a materialidade e a prova da autoria para haver a condenação (doc. 1, fl. 278, sublinhado nosso).

A fim de sanar o constrangimento ilegal consistente no processamento em conjunto de delitos patrimoniais não conexos ao crime de homicídio pelo Tribunal do Júri, foi impetrado *habeas corpus* com pedido de liminar nesse E. Tribunal de Justiça.

Em razão do não reconhecimento *in limine* da ausência de conexão, o apelante foi submetido a Júri no dia 6 de março de 2012¹.

¹ Em momento posterior à condenação do apelante, o *habeas corpus* nº 0039047.64.2012.826.0000 foi levado à Sessão dessa E. 10ª Câmara Criminal, oportunidade em que não foi conhecido em razão da prolação da sentença condenatória e da existência do presente recurso de apelação.

Durante o Julgamento, a defesa foi obrigada a expender seu tempo discutindo e explanando fatos relacionados aos delitos patrimoniais, cuja competência não era daquele Conselho de Sentença. Deixou-se naquele momento de se utilizar o tempo para a defesa do apelante acerca do delito contra a vida para tratar de outros que não deveriam ser processados perante aquele Juízo especial.

E esse não foi o único óbice ao exercício do direito de defesa do apelante, estatuído no Júri como direito à plena defesa (art. 5º, XXXVIII, 'a', CF). Apesar do que asseguram o art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº 8.906/94, impulsionado pelo art. 133 da Constituição Federal, e o art. 185, § 5º, do Código de Processo Penal, a defesa técnica foi impedida de conversar com [REDACTED], de forma pessoal e reservada, antes de seu interrogatório em Plenário, conforme consignado em ata:

Após a oitiva das testemunhas, a Defesa pediu para constar em Ata que se entrevistou com o réu no meio do Plenário. O MM. Juiz Presidente determinou aos policiais militares que saíssem de perto do réu para que o advogado conversasse com o seu cliente (fl. 451).

A conversa entre o apelante e o defensor deu-se em Plenário, diante de todos: Juiz Presidente, Promotor de Justiça, Jurados e plateia. Todos puderam acompanhar o diálogo entre réu e defensor, que cochichavam para evitar serem ouvidos².

No julgamento revestido de nulidades, o Conselho de Sentença, contrariando a prova dos autos, condenou [REDACTED] como incurso nas penas do art. 121, § 2º, incisos II e IV, combinado com o art. 61, inciso II, alínea 'e', art. 155 e art. 180, *caput*, em concurso material, todos do Código Penal.

² Registre-se, desde logo, que em razão da patente nulidade, foi impetrado o *habeas corpus* nº 0071639-64.2012.8.6.0000, que não foi conhecido, por maioria de votos, em razão da existência do presente recurso de apelação.

2. Preliminares

2.1 A nulidade do julgamento em decorrência da ausência de conexão entre os crimes de homicídio e os patrimoniais

O apelante foi condenado pelo Tribunal do Júri pelo suposto cometimento de dois delitos patrimoniais que não guardam nenhuma relação com o homicídio imputado a si, a despeito de qualquer hipótese de conexão.

Em que pese a fundamentação lançada na decisão de pronúncia (fl. 278) e reiterada em Plenário (fl. 450), não é possível admitir que a suposta conexão e o consequente julgamento dos delitos patrimoniais em conjunto com o crime de homicídio, estejam revestidos de legalidade.

Trata-se de hipótese (possivelmente *grotesca, atípica e inadmissível*, na opinião do próprio Magistrado de primeiro grau - fl. 278) de incompetência absoluta da Vara do Júri para o processamento dos delitos patrimoniais, imputados na inicial acusatória e inseridos na decisão de pronúncia, cuja manutenção causou nulidade irremediável ao apelante, justamente por vilipendiar o seu direito de defesa no Tribunal do Júri, no que toca ao delito de homicídio, assim como por ter se passado sua condenação pelos delitos patrimoniais em foro manifestamente incompetente.

Isso porque os pressupostos de conexão trazidos nos artigos 76 e seguintes do Código de Processo Penal não se verificaram no processamento em epígrafe.

Sabe-se que haverá conexão quando existir o interesse probatório entre uma infração e outra. Essa é a lição de Aury Lopes Jr.: “*Na conexão, o interesse é evidentemente*

*probatório, pois o vínculo estabelecido entre os delitos decorre da sua estreita ligação*³”. Nas palavras de Paulo Rangel, “*Conexão significa dizer união, nexo, ligação, relação entre um fato e outro*”⁴”.

No caso dos autos, não existe sequer aproximação entre os delitos patrimoniais e o homicídio, o que dizer *ligação, conexão*. Encontrou-se supostos objetos de prováveis delitos no automóvel e na residência do apelante quando ele era investigado por homicídio e se decidiu, de forma absolutamente atécnica, processá-lo em conjunto.

Eugênio Pacelli de Oliveira elenca as hipótese de conexão e, com isso, os limites de alcance do referido instituto:

A realidade dos fenômenos da vida nos mostra que pode haver, entre dois ou mais fatos de relevância penal, alguma espécie de liame, de ligação, seja de natureza *subjetiva*, no campo das intenções, motivações e do dolo, seja ainda de natureza *objetiva*, em referências às circunstâncias de fato, como o lugar, o tempo e o modo de execução da conduta delituosa. Em outras palavras, pode haver entre eles *conexão*, hipóteses concretas de aproximação entre um e outro evento, estabelecendo um ponto de afinidade, de contato ou de influência na respectiva apuração.⁵

No caso dos autos nada disso poderia ser verificado. Não havia liame *subjetivo* entre os supostos delitos patrimoniais e o descrito crime contra a vida imputado ao apelante. Nenhuma ligação de caráter *objetivo*. Ao contrário, os fatos são isolados entre si no tempo, no espaço, com suposto *modus operandi* distinto e contra supostas vítimas igualmente diferentes. Nada liga tais delitos entre si.

Hélio Tornaghi também exemplifica as hipóteses de conexão, e, com isso, evidencia a ilegalidade a que se está a combater nesta oportunidade:

³ Aury Lopes Jr., Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. 1, 4ª ed., Ed. Lumen Juris, 2009, p. 468.

⁴ Paulo Rangel, Direito Processual Penal, 16ª ed., Ed. Lumen Juris, 2009, p. 339.

⁵ Eugênio Pacelli de Oliveira, Curso de Processo Penal, 11ª ed., Ed. Lumen Juris, 2009, p. 253.

O que dessume da lei brasileira (CPP, art. 76) é que existe conexão quando mais de um fato configura mais de um crime (se, com um só fato, se cometem vários crimes, há continência, como se verá abaixo), e: 1º) as várias infrações estão ligadas por laços circunstanciais; ou 2º) a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influenciou na de outra. Na primeira hipótese, a conexão é *substantiva*: os próprios crimes são conexos. Na outra, é meramente *processual*: não há nexos entre os crimes, mas a comprovação de uns reflete na de outros⁶.

Não existe hipótese de conexão *substantiva*, pois em nada a prova de autoria e materialidade dos delitos patrimoniais influenciaria as do delito contra a vida e vice e versa. Sequer reflexo de interesse instrumental nesses processamentos está presente.

A conexão exige a dependência entre fatos distintos que sem a qual maior esforço demandaria para se processar. Vale dizer, a conexão visa evitar eventual refazimento do que já se produziu em um processo em termos probatórios.

A seguir, Fernando da Costa Tourinho Filho:

A conexão é o nexo, a dependência recíproca que as coisas e os fatos guardam entre si (...).

A conexão existe quando duas ou mais infrações estiverem entrelaçadas por um vínculo, um nexo, um liame que aconselha a junção dos processos, propiciando, assim, ao julgador perfeita visão do quadro probatório e, de consequência, melhor conhecimento dos fatos, de todos os fatos, de molde a poder entregar a prestação jurisdicional com firmeza e justiça⁷.

Nota-se que o julgamento dos crimes patrimoniais conjuntamente com o homicídio imputado, como se conexos fossem, não apenas impediu a defesa de utilizar todos os instrumentos necessários em Plenário (tempo de fala, atenção dos jurados etc.),

⁶ Hélio Tornaghi, Curso de Processo Penal, vol. 1, Ed. Saraiva, 1991, p. 114.

⁷ Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, vol. 2, Ed. Saraiva, 1992, pp. 153/154.

como também trouxe um embaralhamento desnecessário e indesejado na produção da prova acarretando o odiável cerceamento de defesa ao apelante.

E, por fim, a lição esclarecedora de Bento de Faria acerca do instituto da conexão:

(...) a regra doutrinária qualifica como conexas as infrações quando – cada fato ou cada grupo de fatos tem o caráter de delitos distintos ligados entre si por uma relação causal ou consequencial que, entretanto, não os impede de conservar a sua individualidade própria.

(...)

A conexão não se confunde:

a-) nem com as infrações *múltiplas*, sem qualquer dependência recíproca para determinar a aplicação da regra análoga e a decisão por um só julgamento; b-) ou com a participação no crime que se caracteriza pela ligação existente entre os *agentes* do mesmo crime; c-) ou com a *indivisibilidade* – que reúne, não os *fatos diferentes*, nas condições referidas, mas todos os elementos de um mesmo fato⁸.

Ora, a única singularidade entre os fatos imputados ao apelante, é ser o apelante o suposto autor. Nada mais leva uma infração a se relacionar com outra.

A manutenção dessa união e o julgamento do apelante pelo Tribunal popular nesses termos maculou tanto a decisão em relação ao crime doloso contra a vida, quanto em relação aos delitos patrimoniais, eis que foi proferida por autoridade manifestamente incompetente. Tratando-se de incompetência em razão da matéria, a decisão é absolutamente nula e impassível de ser convalidada.

Igualmente é manifesta e absoluta a mácula no tocante ao delito de homicídio. Isso porque em Plenário o apelante e sua defesa técnica foram obrigados a dividir o tempo de fala para buscar se defender também dos delitos patrimoniais, de modo que a atenção dispensada à defesa em relação ao homicídio foi reduzida, ferindo de

⁸ Bento de Faria, Código de Processo Penal, vol. 1, Ed. Record, 1960, p. 186.

modo irreversível a cláusula constitucional de que no Júri a defesa será plena (art. 5º, XXXVIII, 'a', CF).

Antonio Scarance Fernandes cuida de diferenciar a ampla defesa (art. 5º, inciso LV), assegurada a todos os litigantes e acusados, e a defesa plena:

São dois os princípios, ainda que correlatos. Quis o legislador constituinte, além da ampla defesa geral de todos os acusados, assegurar ao acusado do júri mais, ou seja, a defesa plena, levando em conta principalmente o fato de que, diferentemente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada. Pode o juiz, no seu julgamento de ofício, admitir em favor do acusado tese não apresentada pela defesa, mas os jurados não podem. Assim, há que se exigir mais do advogado no júri, e, daí, a necessidade de que se garanta ao acusado a plenitude da defesa, ou seja, uma defesa completa. Trata-se de garantia especial e que se aplica à fase do plenário⁹.

O exercício da plenitude de defesa do apelante foi inviabilizado, eis que foi necessária a manifestação da defesa sobre uma gama de fatos cuja competência não era do Júri. Portanto, por ferir garantia constitucional, a malfadada união prejudicou o apelante de modo irremediável.

A seguir, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público (*supra*, n. 2), o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada.

É que as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo regras do devido processo legal¹⁰.

⁹ Antonio Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, 6ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 166.

¹⁰ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, *As nulidades no Processo Penal*, 12ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

Em Plenário, o apelante e sua defesa técnica foram impedidos de plenamente exercer o seu direito à defesa acerca das acusações legitimamente processadas, em razão da necessidade de se manifestarem acerca de fatos alienígenas que contaminaram o desenvolvimento dos trabalhos e a convicção dos jurados.

Deste modo, por se tratar de violação à garantia constitucional, está-se diante de nulidade absoluta, que contaminou o Plenário realizado no dia 6 de março de 2012 e, conseqüentemente, a decisão tomada por aquele Conselho de Sentença.

2.2 A nulidade do julgamento pelo cerceamento de defesa decorrente da impossibilidade de o defensor e acusado se comunicarem de forma reservada antes do interrogatório em Plenário

Na oportunidade do julgamento do apelante pelo Tribunal do Júri, encerrada a instrução em Plenário, após a oitiva das testemunhas, o defensor solicitou ao Juiz que presidia os trabalhos que lhe fosse disponibilizado um local para que defensor e acusado pudessem conversar, de forma pessoal e reservada, antes do ato mais importante para o exercício da defesa, o interrogatório.

Após o pleito da defesa, limitou-se o Juiz Presidente a asseverar que aquele foro da Justiça não dispunha de qualquer sala reservada para essa finalidade e decidiu que a conversa transcorreria ali, em Plenário, diante, inclusive, dos Jurados para que aguardassem o diálogo entre réu e defensor e posteriormente se retomasse o julgamento.

Nada mais coube ao defensor naquele momento, a não ser solicitar que se consignasse em Ata o absurdo que acabara de ouvir:

Após a oitiva das testemunhas, a Defesa pediu para constar em Ata que se entrevistou com o réu no meio do Plenário. O MM. Juiz Presidente determinou aos policiais militares que saíssem de perto do réu para que o advogado conversasse com o seu cliente (fl. 451).

Assim, a conversa entre réu e defensor se deu em Plenário, perante todos, que não apenas aguardaram o término do diálogo para prosseguir com a solenidade, como puderam acompanhá-lo de camarote, com os atores cochichando para evitar serem ouvidos.

Impossibilitado de exercer a sua defesa de forma plena, [REDACTED] foi condenado e mantido preso por meio de um decreto nulo, razão pela qual foi impetrado o *habeas corpus* nº 0071639-64.2012.8.6.0000, distribuído a essa C. Câmara, que não conheceu da impetração em razão da existência do presente recurso.

Pois bem. Em Plenário, foi negado ao apelante a efetivação de um direito básico: o de entrevistar-se reservadamente com o seu defensor antes de seu interrogatório, como determina o art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº 8.906/94.

Vejamos:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

III – Comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis e militares, ainda que considerados incomunicáveis.

Não é demais lembrar que o referido dispositivo vindo em 1994 foi impulsionado pelo art. 133 da Constituição Federal, que tem a seguinte redação: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Nessa linha de raciocínio, vale lembrar o cânone constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF). Ao se tratar do Tribunal do Júri, a Constituição vai além: a defesa é plena (art. 5º, XXXVIII, 'a', CF). As prerrogativas dos advogados, apenas as são por se prestarem a exercitar, por meio delas, diga-se, as garantias do contraditório e da ampla defesa e, no caso do Júri, da plenitude de defesa.

Não bastassem todos esses dispositivos, foi ainda trazido ao Código de Processo Penal, na Lei nº 11.900 de 2009, o § 5º, do art. 185: “Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor...”.

Ao acusado interessa poder se comunicar com o seu defensor a qualquer tempo do processamento, livre de interferência e de possibilidade de prejulgamento. Aliás, interessa não apenas aos acusados, como ao próprio Estado de Direito, pois é esta uma das premissas constitucionais que marcam o estatuto da democracia atual, a natureza cidadã de nossa recente Constituição Federal.

O Juiz presidente, por ser o Juiz de Garantia por excelência, deveria ter o interesse em zelar para que o jurado leigo não ouvisse a conversa, mas também não ficasse a observar o diálogo entre o réu e o seu defensor, que se passou em Plenário, perante o Juiz, o Promotor de Justiça e os próprios Jurados, que decidiriam a sorte do apelante.

Cena patética que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, nos diversos dispositivos citados, não albergam. A ofensa aos direitos e garantias do apelante vilipendiados na condução dos trabalhos pelo Juiz Presidente do Júri sequer demanda mais justificativa.

Contudo, não se deve deixar de registrar que o arbítrio praticado pelo Juízo de Guarulhos não apenas afrontou a Lei e a Constituição Federal, naquilo que ela possui

de mais premente, a plenitude de defesa no Júri, como também aniquilou a possibilidade de haver uma decisão serena e imparcial por parte dos jurados.

O que pensar, o julgador leigo, da cena assistida: o réu preso, algemado em Plenário, de frente aos Jurados, sentado no banco dos réus e o seu defensor de cócoras a cochichar em seu ouvido? Nas cabeças dos juízes leigos, como evitar a associação daquela conversa garantida constitucionalmente, com uma instrução de como proceder às perguntas de modo a se *safar* da responsabilidade criminal?

Ao prestar informações ao *habeas corpus* nº 0071639-64.2012.8.6.0000, o próprio Juiz que presidiu o Plenário asseverou que:

Conforme consta da ata de julgamento foi concedido o direito ao Defensor de se entrevistar, pessoal e reservadamente, com o seu cliente, antes do interrogatório. Tal situação ocorreu na própria bancada da Defesa, longe do representante do Ministério Público, do Juiz, policiais militares e o público em geral, ou seja, ninguém ouviu a estratégia que o causídico combinou com o seu cliente, respeitando-se, assim, todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais (doc. 1, grifamos).

Sabe-se que o princípio constitucional da ampla defesa concretiza-se tanto por meio da defesa técnica, como da autodefesa. Deste modo, *a contrario sensu* do que entende o Juiz de primeiro grau, não se trata de combinação de *estratégia*, mas sim do exercício de um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal e assegurado pela lei processual penal.

Ora, Excelências, se nem mesmo o Juiz togado, investido de conhecimento jurídico, soube dissociar a conversa garantida constitucionalmente de uma “combinação de estratégia”, de nenhuma maneira seria possível esperar que o julgador leigo tivesse o distanciamento de reconhecer que aquela conversa não era espúria, mas sim um exercício – ou uma tentativa de exercício – de um direito constitucional.

Absolutamente nada justifica a postura do Juiz que presidiu o Plenário em negar com esse automatismo o direito de conversa pessoal e reservada entre acusado e seu defensor. Embora desnecessário, diga-se, um Fórum sem condição de cumprir a Constituição Federal, não pode ser um foro da Justiça, não pode albergar julgamentos. Não se deve atacar o fato (sabidamente inverídico) de que num Fórum não haja uma sala, ou um corredor, ou um canto, em que advogado e acusado possam conversar longe dos ouvidos e da visão dos jurados e de todos ali presentes, entre eles, o acusador. Ora, que se esvaziasse o Plenário. Que se utilizasse a sala do Juiz, o banheiro ou a carceragem... Nada justifica essa postura.

Não havendo qualquer metro quadrado para essa conversa, um Juiz de Direito deve interditar o Fórum e oficiar com urgência aos seus superiores cobrando providências. Jamais conviver com a aniquilação do direito individual com essa justificativa.

Ademais, jamais se poderá afirmar que não houve prejuízo ao apelante pela impossibilidade, inclusive, de se conhecer o que o jurado, leigo, frise-se, julgou ao assistir aquela conversa, técnica e chancelada constitucionalmente, entre réu e defensor. Nunca será possível saber se ao jurado foi corriqueira e legítima aquela cena do advogado cochichando aos ouvidos do réu e vice-versa. Jamais se saberá. Inclusive porque, se nem mesmo o Juiz de direito soube separar técnica de seu juízo de valor, não caberá exigir do jurado leigo tal *mister*.

O Superior Tribunal de Justiça ratificou o entendimento que o desrespeito ao direito assegurado pelo art. 185, § 2º do Código de Processo Penal acarreta nulidade:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO ROUBO E A RESISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ENTREVISTA RESERVADA ENTRE O PACIENTE E SEU DEFENSOR CONSTITUÍDO. ART. 185, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO À AMPLA DEFESA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A entrevista prévia entre acusado e seu Defensor, antes do interrogatório, é medida voltada a garantir a ampla defesa que, se não for assegurada, conduz à nulidade da ação penal. Precedentes.
2. Evidenciado efetivo prejuízo à Defesa do menor infrator que, no caso, não teve oportunidade de se comunicar reservadamente com o Defensor Público nomeado para exercer sua defesa antes da audiência de apresentação.
3. Ordem concedida para anular o procedimento menorista desde a audiência de apresentação¹¹.

Portanto, é inequívoco que não houve conversa reservada. Espera-se, assim, que esse E. Tribunal faça valer a lei, chancelada pelos diversos dispositivos constitucionais invocados, para se rechaçar essa prática nefasta ao direito de defesa, declarando nulo o Júri que condenou [REDACTED].

3. **Decisão contrária à prova dos autos quanto ao crime de homicídio**

Segundo a inicial acusatória, [REDACTED], desconfiado de que sua esposa o traia e inconformado com sua vontade de separar-se, resolveu matá-la. Assim o Ministério Público descreveu a conduta do apelante:

Ciente de que a vítima chegava de seu trabalho por volta das 6:00 horas, o denunciado se dirigiu até a garagem de sua residência e passou a aguardar a chegada de sua mulher, com uma pedra na mão.

Tão logo ela chegou, o denunciado desferiu golpe com a pedra na cabeça da vítima e, depois de constatar que havia consumado o crime, deixou o local (fl. 3d).

Entretanto, olvidou-se na denúncia de mencionar que após supostamente ter cometido o crime e deixado o local, [REDACTED] retornou à sua casa, observou a confusão que ali se instaurara, “*começou a chorar e gritar e abraçou o corpo da [REDACTED]*” (fl. 13). Permanecendo ali, aguardando a chegada da polícia.

¹¹ STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, HC 138.024/MT, julgado em 16/9/2010.

O auto de prisão em flagrante demonstra com segurança que [REDACTED] em nenhum momento evitou a polícia. Ao contrário, aguardou a chegada dos militares em sua residência, estarecido com a imagem de sua esposa morta no quintal da própria casa. Não parece razoável crer que alguém que supostamente acabou de cometer um crime como esse, após ter a possibilidade de se evadir da situação impunemente, retorne ao local dos fatos e aguarde a chegada da polícia militar.

Inobstante tal raciocínio lógico, a policial militar [REDACTED], prendeu [REDACTED] em flagrante, por crer ser ele o autor do delito. Em seu depoimento judicial, [REDACTED] esclareceu a forma por meio da qual chegou a essa conclusão:

Lembro-me dos fatos descritos na denúncia. Quem acionou a polícia foi um vizinho cujo nome não me recordo. Eu estava na primeira viatura que chegou ao local. A vítima estava morta. Quando a viatura chegou, o marido da vítima estava do lado de fora da casa encostado no veículo de sua propriedade. Já existia uma aglomeração no local. Eu me recordo que falei com o senhor [REDACTED], vizinho da frente da vítima. [REDACTED] falou que o réu saiu cedo e deixou o veículo no começo da rua, depois o réu entrou em casa e trajava bermuda e camiseta. Quando a viatura chegou o réu estava de calça jeans. A troca de roupa levantou suspeitas contra o réu. Eu conversei com o réu, ele disse que saiu por volta das 6h00 de carro e foi até a padaria e depois a favela. Depois o réu disse que comprou e usou crack e voltou para casa. Segundo o réu ao retornar a vítima já estava morta. A padaria chama-se Versailles. Não seria possível fazer todo esse percurso em meia hora (fl. 121).

É possível extrair do depoimento de [REDACTED], transcrito em sua íntegra, que a policial militar passou a crer que [REDACTED] seria o autor do crime e o levou preso em flagrante, em razão de duas situações: por deduzir que seria impossível o apelante fazer um trajeto, que não sabia exatamente qual era, em 30 minutos; e, pelo fato de que havia trocado a bermuda que trajava por uma calça jeans.

Pois bem. No seu depoimento, [REDACTED] mencionou que se recordava de ter falado com um vizinho chamado [REDACTED], que teria informado ter visto o apelante sair cedo da sua casa, deixar o carro no começo da rua, voltar para casa e, novamente, sair. [REDACTED] foi ouvido em Juízo e asseverou que:

Não sei qual crime é atribuído ao [REDACTED]. “[REDACTED]” é o [REDACTED], ele mora em frente a minha casa. [REDACTED] morava com o [REDACTED]. [REDACTED] é minha vizinha. Eu estava em casa no dia em que a [REDACTED] faleceu. Não escutei gritos e não presenciei nenhuma atitude suspeita. Prestei depoimento na polícia. Quando eu soube dos fatos, a [REDACTED] já estava morta. As filhas da vítima foram me chamar e disseram que alguém estava dormindo na garagem, isso ocorreu por volta das 06h20 min. Eu fui até a garagem ver quem estava dormindo. Eu levantei o pano que cobria a pessoa e vi que era a vítima. Não vi quem matou. Não tenho medo, mas manifestei o desejo de não falar na presença do réu. **Às reperguntas do Ministério Público, respondeu:** o réu só apareceu depois de uns 10 minutos, a polícia já estava no local. O réu perguntava o que aconteceu, entrou em casa e começou a chorar. **(pelo Promotor foi lembrado ao depoente o que constou de fls. 13, ou seja, que o réu entrou em casa e saiu com outra roupa. Após, continuou o depoente):** O réu saiu com o carro e voltou depois de 05 minutos. O réu entrou em casa tirou a bermuda e colocou uma calça jeans. Depois disso o réu saiu a pé. Esses fatos aconteceram antes das filhas do réu me chamarem (fl. 119).

Essa é a íntegra do único depoimento prestado por [REDACTED] em Juízo. Não há a informação de qual horário teria visto [REDACTED] sair da sua casa. O apelante, por sua vez, em seus interrogatórios afirmou ter deixado sua casa antes das 6h da manhã. Na primeira fase do processamento disse o seguinte:

(...) que deixou sua casa por volta das 05h30 para comprar drogas e deixou seus três filhos dormindo (fl. 153 v.).

E, em seguida, em Plenário:

Def.: E o senhor relatou que foi até a Versailles. O que é a Versailles?

D.: É uma padaria que tem pra cima da minha casa.

Def.: A que horas?

D.: Entre 5 e pouco.

Considerando que um dos motivos pelo qual [REDACTED] foi preso em flagrante e, posteriormente, condenado por um crime que não cometeu, foi a suposta impossibilidade de ele ter percorrido um trajeto – indefinido – em um ínterim de tempo – desconhecido, seria de extrema importância que a investigação tivesse apurado tais informações e as trazido ao conjunto probatório dos autos. Todavia, não o fez.

Por sua vez, a bermuda que [REDACTED] trajava no momento em que supostamente teria cometido o brutal crime e cuja troca por uma calça jeans levantou suspeitas à policial militar, foi submetida a exame pericial. Referido laudo trouxe resultado negativo quanto a eventual presença de sangue humano (fl. 101). Registre-se, ainda, que juntamente com a bermuda foi submetida à perícia semelhante uma blusa feminina. Por óbvio que quanto a esta, que foi utilizada para cobrir o corpo da vítima (fl. 6), o resultado do laudo foi positivo (fl. 101).

Ainda, o par de tênis que o apelante usava também foi submetido a exame pericial para se verificar a presença de sangue humano. Mais uma vez, o resultado do laudo foi negativo (fl. 88). Ou seja, nenhuma das roupas que [REDACTED] vestia no momento que, supostamente, teria cometido o crime possuía vestígio de sangue.

Em seu primeiro depoimento, [REDACTED] baseou sua desconfiança quanto à autoria do delito em dois fatos pontuais, que foram demonstrados infundados. Todavia, em Plenário, a policial militar mudou o seu discurso. Lembrava-se do que ouvira na data dos fatos, ocorridos há mais de três anos, com uma riqueza de detalhes sintomática:

Prom.: A senhora pode contar para nós o que aconteceu nesse dia?

D.: No dia dos fatos, fomos acionados via Copom para um encontro de cadáver. Chegando na residência, na Rua Diadema nos deparamos com o senhor em frente à residência e, ao adentrarmos a residência, vimos o corpo da vítima no interior da garagem

coberto com uma blusa preta, se não me falha a memória com um fio enrolado no pescoço, com ferimento na cabeça, que não me recordo o lado, já aparentemente sem vida. Fomos fazer acareação com a vizinhança e fomos informados de que ela trabalhava na madrugada e que às 2h da manhã, o réu fez duas ligações para o trabalho dela dizendo que precisar conversar muito sério com ela, e ela ficou muito preocupada, segundo informações das colegas de trabalho. Dez para as 6, ela chegou na residência, acompanhada das colegas de trabalho; elas trouxeram ela e foram embora, e o réu informou que saiu às 6 e retornou às 6 e meia, e foi até a Padaria Versailles e, após essa padaria, ele teria ido até uma favela na Vila Galvão, onde ele adquiria drogas e não tinha visto ela chegar. Quando ele retornou, ele perguntou para a filha se a mãe tinha chegado e ela falou que a mãe não tinha chegado e voltou a dormir. Então, ele saiu novamente e os vizinhos viram que ele estava lá, que ele deixou o carro dele mais acima da residência; ele trocou de roupa, que ele tava com uma bermuda e uma camiseta e colocou uma calça jeans e outra camiseta; tais peças foram encontradas no interior do veículo numa caixa de papelão com marca de sangue; e o RG da vítima estava dentro dessa caixa também; a bolsa dela não estava no local do crime e tinha facas como se houvesse simulação de outro crime (fls. 414/415).

██████████ no seu novo depoimento buscou complementar as informações prestadas anteriormente, nitidamente militando pela condenação de ██████████.

Não seria possível esperar nenhuma outra atitude da policial militar que prendeu ██████████ em flagrante. ██████████, até mesmo por estar sujeita a punições em âmbito funcional, tem a obrigação de ratificar o seu trabalho. Portanto, improvável seria que tentasse desconstruir a estória que ela mesma havia começado a escrever na data dos fatos.

A riqueza de detalhes descrita por ██████████ fica ainda mais intrigante quando se coteja o depoimento do policial militar ██████████, que, com ela, acompanhou a ocorrência:

Fui acionado para verificar o crime descrito na denúncia. A vítima já estava morta. Eu conversei com o réu que estava na calçada. O réu disse que a esposa estava morta na garagem. No mesmo dia eu conversei com o vizinho que acionou a polícia (fl. 122).

██████████, infelizmente, não foi ouvido em Plenário, pois, se o fosse, salvo se tivesse uma avalanche de lembranças como teve ██████████, dificilmente, confirmaria a versão apresentada por sua colega, que, frise-se, é uníssona nos autos.

Os demais depoimentos das testemunhas prestados tanto em Juízo, como em Plenário, não comprovam a hipótese apresentada pelo Ministério Público. Pelo contrário, todos eles são harmônicos em afirmar que, apesar de ser usuário de *crack*, ██████████ não é uma pessoa violenta e é um bom pai.

██████████, vizinha do apelante e vítima de um dos crimes patrimoniais, o conhecia há mais de treze anos, em seu depoimento afirmou que:

O réu era um bom pai e a vítima nunca fez nenhum comentário sobre agressões por parte do réu (fl. 118).

Por sua vez, ██████████, irmã do apelante, arrolada como testemunha pelo Ministério Público, também confirmou tal característica da personalidade do réu, que não condiz com o bárbaro crime pelo qual foi condenado:

O réu era boa pessoa, era prestativo. Mesmo utilizando drogas o réu não era violento, ele continuava a ser a mesma pessoa (fl. 140).

Os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa, ██████████ (fl. 141), ██████████ (fl. 142) ██████████ (fl. 143), ██████████ (fl. 151), ██████████ (fl. 152), corroboram os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação.

Em Plenário, [REDACTED] foi ouvido e reafirmou as considerações feitas perante a aquele Juízo sobre a personalidade de [REDACTED]:

Def.: O senhor conhece o [REDACTED]?

D.: Conheço.

Def.: Há quanto tempo?

D.: Há uns vinte anos.

Def.: O senhor o conhece de onde?

D.: Ele mora na segunda casa abaixo da minha.

Def.: O senhor sabe se o [REDACTED] é usuário de droga ou se foi?

D.: Ele era usuário. É de meu conhecimento.

Def.: Tirando esse vício que é sempre um grande problema na vida das pessoas, o senhor tem algo que o desabone; algo que o senhor ficou sabendo do envolvimento do [REDACTED] com briga, de ameaças no bairro; ouviu falar de alguma coisa desse tipo?

D.: Não.

Def.: O senhor sabe dizer se o [REDACTED] alguma vez agrediu a ex-esposa?

D.: Não sei dizer. Pelo meu conhecimento não sei dizer.

Def.: O [REDACTED] era uma pessoa temida ou mal vista no bairro?

D.: Na minha família, não. Agora, o relacionamento dele com outras eu não posso afirmar.

Def.: O senhor viu o [REDACTED] violento alguma vez?

D.: Nunca (fls. 426/427).

Todas as testemunhas que o conheciam asseguraram que o apelante é um bom pai e uma pessoa calma e prestativa. O fato de [REDACTED] ser usuário de drogas à época dos fatos não pode significar nada além de que ele era uma pessoa com uma grave doença, infelizmente, comum à realidade brasileira atual. O fato de que o apelante passou a noite anterior ao homicídio de sua esposa utilizando *crack*, não quer dizer nada além de que [REDACTED] era usuário de drogas. Tal circunstância não pode servir de prova ou, sequer, de indício que seria o apelante o autor dos fatos.

O próprio interrogatório de [REDACTED] perante o Tribunal do Júri é coerente com todos os outros colhidos e também vai de encontro com a personalidade que a

acusação tentou transmitir. Naquele momento processual [REDACTED] cuidou de esclarecer o que fez naquela noite e início de manhã. Vejamos:

(lida a denúncia)

J.: São verdadeiros esses fatos?

D.: Não senhor.

J.: Onde o senhor estava nesse dia e horário que eu acabei de mencionar?

D.: Como eu falei no meu depoimento, eu estava usando droga na minha casa e desci até a Versailles e fui à favela para comprar crack e voltei pra casa.

J.: O senhor sabe qual objeto que matou a sua esposa?

D.: Que eu saiba foi uma pedra e um fio.

(...)

Def.: Senhor [REDACTED], o senhor disse que o senhor estava na madrugada daquele dia usando droga na garagem de sua casa.

D.: Dentro da garagem e na cozinha da minha casa.

Def.: E o senhor relatou que foi até a Versailles. O que é a Versailles?

D.: É uma padaria que tem pra cima da minha casa.

Def.: A que horas?

D.: Entre 5 e pouco.

Def.: A sua esposa não tinha chegado?

D.: Não, senhor.

Def.: O senhor foi comprar cigarro e voltou?

D.: Desci até a favela que é na Vila Galvão pra comprar droga.

Def.: O senhor falou com a sua filha?

D.: Quando eu cheguei, eu estacionei o carro próximo da minha casa, porque a minha esposa sempre brigava comigo quando eu usava droga e, quando eu cheguei, o cachorro estava fora do quintal, na calçada, e o portão entreaberto, e eu pensei que ela tinha chegado e coloquei o cachorro para dentro e tinha a garagem e o corredor social que é onde vai o portão e subi pra minha casa.

Def.: São duas entradas?

D.: Não. É uma entrada pra garagem e a parede do vizinho e um pedaço que dá pra passar e sobe pra minha casa.

Def.: E o senhor falou com a sua filha?

D.: Falei com a [REDACTED] e ela falou que estava com dor de dente e pediu pra eu comprar remédio e eu falei “é muito cedo, espera o pai sair pra trabalhar que ele vai comprar o

remédio”. E troquei a bermuda e fiquei com a mesma camisa e levei a bermuda pra dentro do carro.

Def.: E o senhor saiu pra trabalhar?

D.: Sai.

Def.: O senhor trabalha como?

D.: Com saco de pano alvejado e pano de prato.

Def.: O senhor não sabe exatamente em que horário a sua esposa foi morta?

D.: Não. Não sei.

Def.: Quando o senhor entrou pelo corredor, se ela estivesse morta naquele corredor era possível ver?

D.: Do jeito que eu cheguei em casa e encontrei ela, que eu vi, não dava pra *mim* ver. Era uma casa velha e tinha um portão que dava para dentro da garagem.

Def.: O senhor é usuário de que droga?

D.: *Crack*.

Def.: Quantas pedras o senhor usou?

D.: Antes de ser preso, fumei dez, doze pedras de *crack*, fora o que tinha dentro do meu carro, que foi apreendido.

Def.: Quando o senhor voltou para casa, o portão estava entreaberto e o seu cachorro...

D.: ... do lado de fora, na calçada.

Def.: O senhor sofria ameaças?

D.: Eu nunca sofri ameaça, mas eu levava muitos usuários para usar droga na minha casa.

Def.: Mas o senhor andava com gente...

D.: ... de baixo *escalão*, que é o submundo (fls. 431/435).

A partir do depoimento do apelante em Plenário, a ausência de provas para a manutenção do decreto condenatório, repise-se, contaminado pelo julgamento nulo, salta ainda mais aos olhos. Todas as conclusões levam à necessidade de submeter o apelante a novo julgamento para que possa comprovar a sua inocência.

O apelante, a partir de uma suspeita da policial militar [REDACTED], foi levado preso no dia da morte de sua esposa. A partir de então, todos os trabalhos investigativos da polícia foram no sentido de encontrar algum meio de se comprovar que fora [REDACTED] o autor do delito.

O trabalho da polícia maculou a neutralidade que se poderia dispor para a investigação. O inquérito policial não cuidou de apurar nada além do que seria interessante a confirmar a imputação deduzida pela Polícia Militar a [REDACTED]. Infelizmente não foi possível neste processo a produção de elementos saudáveis que pudessem corroborar a convicção condenatória ou mesmo qualquer convicção acerca da autoria delitiva. Porém, é inadmissível que, por não se encontrar o verdadeiro autor do delito, o apelante seja mantido condenado e encarcerado.

Durante o exame necroscópico da vítima, suas unhas foram colhidas e, posteriormente, submetidas a exame de DNA genômico. No tecido subungueal de [REDACTED] foram encontrados vestígios de material celular do apelante (fls. 237/245 e fls. 258/269).

[REDACTED] e [REDACTED] foram casados por anos. Conviviam na mesma casa e viviam maritalmente na época dos fatos. Tendo em vista a convivência entre ambos, não é possível saber desde quando tais vestígios de células do apelante estariam sob as unhas da vítima.

No interrogatório, repise-se, nulo, prestado em Plenário, [REDACTED] foi questionado sobre referida constatação:

J.: O senhor já teve acesso aos autos e conversou com o seu advogado e não sei se ele conversou sobre um laudo às fls. 24, segundo o qual, na unha da vítima foram encontradas células do senhor.

D.: Estou ciente.

J.: Por que que na unha da vítima tinha células pertencentes ao senhor?

D.: Eu sou marido dela e nós vivíamos juntos e eu nunca relei a mão nela; nunca batia na minha esposa, e agora estão falando que eu matei a minha esposa, mas eu não matei ela.

J.: Não foi isso que eu perguntei. Qual a explicação que o senhor dá para constar células suas na unha da sua esposa?

D.: Se fosse pra constar eu estaria todo arranhado. Como pode ter acontecido isso? Isso eu não sei (fls. 431/432).

De qualquer modo, para se considerar que os fragmentos de células de [REDACTED] sob as unhas de [REDACTED] teriam sido originados de uma eventual reação da vítima no momento dos fatos, o mínimo que se exigiria é que existisse no corpo do apelante qualquer marca ou sinal de lesões.

Entretanto, [REDACTED] não possuía quaisquer vestígios de que tivesse lutado ou, mesmo, sido arranhado por alguém. O exame de corpo de delito feito pelo Instituto Médico Legal após a sua prisão assevera, especificamente, que ele *não apresenta vestígios de lesões no tegumento cutâneo corpóreo ou sinais de ofensa à saúde* (fl. 69).

Ainda que nada nos autos comprove a hipótese proposta pelo Ministério Público, o apelante foi condenado pelo Tribunal Popular.

Pelo exposto, tendo em vista haver sido o decreto condenatório contrário à prova dos autos, requer seja dado provimento ao presente recurso para que [REDACTED] seja levado a novo julgamento.

4. **A ausência de prova para a manutenção da qualificadora de motivo fútil**

O apelante foi condenado também pela qualificadora do motivo fútil, pois, segundo o Ministério Público, o delito teria sido cometido “por motivo fútil, consistente no ciúme (fl. 4d)”.

Entretanto, na instrução criminal não ficou comprovado que o apelante tivesse agido movido por ciúmes. Ao contrário, as testemunhas negaram peremptoriamente que tivessem presenciado cenas de ciúmes entre o casal. Vejamos:

O casal parecia se gostar. Nunca presenciei cenas de ciúmes (fl. 141 – testemunha [REDACTED]).

Nunca presenciei agressões do réu contra a vítima. O casal parecia normal (fl. 143 – testemunha [REDACTED]).

Que das últimas vezes que conversou com o réu, ele disse que convivia bem com a esposa (fl. 152 – testemunha [REDACTED]).

As únicas vozes nos autos que corroboram tal qualificadora são a da própria acusação e a da policial militar [REDACTED], que não convivia com o casal, em seu sintomático depoimento perante o Tribunal do Júri.

Muito embora, em seu interrogatório, o apelante tenha afirmado sentir ciúme da vítima (fl. 153 v.), essa assertiva não pode ser utilizada a fim de se concluir que tal sentimento seria o móvel do crime supostamente praticado. Isso porque o ciúme por si só, naturalisticamente, não leva ao cometimento de crimes.

O indivíduo que declara, simplesmente, sentir ciúmes da própria esposa não pode, de nenhum modo, ser interpretado como se capaz fosse de cometer um crime movido por tal sentimento.

Na medida em que a imputação da qualificadora não restou confirmada com os elementos de prova colhidos ao longo da instrução criminal, não há que se falar em sua manutenção. Assim, demonstrada a ausência de prova para confirmar a manutenção da condenação do apelante na forma qualificada pelo motivo fútil, requer seja o julgamento anulado para que [REDACTED] seja levado a novo Júri.

5. **A ausência de prova para a manutenção da qualificadora da utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima**

O apelante foi condenado também pela qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, pois, segundo a inicial acusatória, o crime teria sido cometido mediante “emboscada (fl. 4d)”.

Ainda que, a despeito da prova dos autos, se chegue à conclusão de que o apelante seja o autor dos fatos, não é possível saber de que modo teria ele agido. De tal sorte que a qualificadora da utilização de recurso que dificultou a defesa vítima não deve ser mantida.

Não é admissível se intuir qual a forma que o apelante teria, supostamente, agido, meramente, para se abarcar a incriminação de tal qualificadora.

Como se nota dos autos, não é plausível verificar se houve uma tocaia, propriamente. É impossível, ainda, se aferir se a vítima não poderia esperar uma reação dessa natureza por parte do apelante. Ao contrário, se as acusações fossem recebidas conforme deduzidas pelo *Parquet* e a personalidade do apelante fosse aquela que se tentou delinear na acusação, seria razoável que ■■■■ pudesse esperar referida atitude por parte de seu marido.

Pelo exposto, tendo em vista a ausência de qualquer elemento de prova apto a corroborar a manutenção da qualificadora da utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima, requer-se a anulação do julgamento de primeiro grau para que o apelante possa ser levado a novo Júri.

7. **A exasperação indevida na dosimetria da pena**

O Juiz presidente fixou todas as penas-base do apelante acima do mínimo legal utilizando-se de justificativas inidôneas.

Primeiramente, tanto quanto ao crime de homicídio quanto aos crimes patrimoniais, aduziu o Magistrado que a pena mereceria ser fixada acima do mínimo legal, tendo em vista que o apelante é reincidente e possui a personalidade voltada à prática delitiva. Tais circunstâncias são embasadas em duas certidões de objeto e pé acostadas aos autos (fls. 75 e 76).

Porém, ao se compulsar tais certidões, extrai-se a informação de que o apelante é tecnicamente primário. No processo referente à certidão acostada à fl. 75, a punibilidade do apelante foi extinta. Por sua vez, a certidão acostada à fl. 76, refere-se a fato antigo, cujo prazo depurador da reincidência já foi superado.

Portanto, tendo em vista que [REDACTED] é tecnicamente primário, de nenhum modo seria admissível fundamentar a fixação das suas penas-base acima do mínimo legal.

Esse E. Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que certidões relativas a fatos cujo prazo depurador da reincidência tenha sido superado não autorizam, no momento da fixação da pena, o reconhecimento da reincidência ou, ainda, de maus antecedentes:

REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. Certidões relativas a fatos antigos. Superação do prazo depurador da reincidência. Reconhecimento. Impossibilidade.
- Certidões que se referem a fatos antigos, com a superação do prazo depurador da reincidência, de cinco anos, não autorizam o reconhecimento da reincidência nem de maus antecedentes.

PENA. Reincidência e maus antecedentes reconhecidos concomitantemente. Bis in idem. Ocorrência. Afastamento dos maus antecedentes. Necessidade.

- Reconhecida a reincidência, não há que se aplicar novo acréscimo às penas em razão de maus antecedentes, para evitar o bis in idem¹².

O Juiz singular pretendeu, novamente de maneira inidônea, que a *reincidência* de ██████ se operasse tanto ao se caracterizar os maus antecedentes na fixação da pena-base quanto para se aplicar a agravante da reincidência, vejamos:

Agora, se o réu possui mais de uma condenação transitada em julgado por fatos anteriores ao delito pelo qual está sendo apenado, pode o julgador utilizar uma delas para caracterizar os maus antecedentes e a outra para aplicar a agravante da reincidência, sem que isso caracterize o “bis in idem”. Portanto, conforme certidão de fl. 76, verifica-se que o réu é reincidente (fl. 443).

A leitura da segunda parte da ementa acima transcrita evidencia que a pretensão do Juiz *a quo* exposta no trecho vai de encontro ao entendimento desse E. Tribunal. O julgador, ao reconhecer a reincidência, em nome do princípio do *ne bis in idem*, não pode aplicar novo acréscimo à pena alegando maus antecedentes.

Tal entendimento já foi inclusive consolidado através da Súmula 241, emanada pelo Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser, simultaneamente, considerada circunstância agravante e circunstância judicial”.

Sobre o tema, Celso Delmanto assevera que:

Condenação transitada em julgado antes do fato novo que está sendo julgado: Como gera reincidência (CP, arts. 61, I e 63), não deverá ser considerada ao mesmo tempo mau antecedente, para não constituir *bis in idem*. Caso o prazo depurador de cinco anos (CP, art. 64, I) já tenha passado antes do novo crime, não deve ser considerada nos

¹² TJ/SP, 12ª Câmara Criminal, Rel. Des. João Morengi, Apelação 0004860-73.2009.8.26.0052, julgado em 22/8/2012

anteriores, pois não seria coerente que a condenação anterior, não gerando mais reincidência, passasse a ser considerada mau antecedente¹³.

Especificamente quanto ao crime de homicídio, justifica ainda o Juiz *a quo* a exacerbação na fixação da pena-base acima do mínimo aduzindo que:

As circunstâncias evidenciam dolo intenso, notadamente por ter sido a vítima brutalmente golpeada com uma pedra, gerando-lhe um sofrimento atroz e desnecessário, devendo a pena-base distanciar-se da margem inferior.

Ora, se o meio utilizado para a prática do crime não foi apontado pelo Ministério Público como qualificadora do delito, não seria admissível que fosse utilizado como justificativa de aumento da pena. A competência para avaliar as circunstâncias pelas quais o crime foi cometido é do Tribunal Popular.

Assim, se o meio empregado na prática do delito não foi discutido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não é possível conferir ao Juiz presidente a oportunidade de utilizá-lo como justificativa a embasar a fixação da pena exasperadamente.

Em seguida, ao discorrer acerca da personalidade do agente e das consequências do crime, o Juiz presidente limitou-se a elencar circunstâncias que são elementares do tipo penal imputado ao apelante. Por óbvio o homicida é audacioso e, mais óbvia ainda, é a conclusão de que as consequências do delito são graves e resultam sofrimento.

Finalmente, a agravante de ter praticado o crime contra a sua cônjuge tampouco pode incidir na pena de [REDACTED]. A despeito da absoluta inércia do *Parquet* a se pronunciar acerca de tal instituto jurídico, saiu o Magistrado a campo para, de ofício, agravar a pena do apelante, violando-se o princípio do contraditório.

¹³ Celso Delmanto et AL, Código Penal Comentado, 7ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007 p. 187

Violou com isso, o Juízo *a quo*, o preceito do contraditório ao estatuir em sentença questões que não foram articuladas pela acusação. Esse tema é objeto de estudo do Professor Gustavo Henrique Badaró.

O referido Professor apregoa os limites de extensão do citado comando constitucional e adverte: o contraditório obriga o Magistrado na condução do processo, trate-se de matéria fática ou de direito.

Segue a lição do Professor Badaró:

Toda a preocupação em torno do princípio do contraditório, com a necessidade de informação e reação, com a obrigatoriedade do juiz submeter o material processual ao prévio conhecimento das partes, e tantas outras manifestações do princípio *audita et altera pars*, tradicionalmente aparecem ligadas apenas ao material probatório, ou seja, ao contraditório na instrução processual. Normalmente, o contraditório liga-se apenas às questões fáticas debatidas no processo.

Recentemente, porém, a preocupação com a efetividade do contraditório mostrou que deve ele incidir também sobre as questões de direito. E não havia razão para a exclusão de tais matérias.

Certamente, a origem dessa mutilação do contraditório encontra-se ligada à máxima *iura novit curia*, ou, caracterizando de forma mais ampla a distinção entre a *quaestio facti* e a *quaestio iuris*, no brocardo *narra mihi factum, dabo tibi ius*.

A exigência de um contraditório sobre as regras jurídicas ou juízos de direito não afasta o “mal compreendido princípio *iura novit curia*”. A exigência do contraditório prévio à decisão não significa que o juiz não possa dar aos fatos narrados pela parte uma outra definição jurídica ou decidir diversamente uma questão de direito. Todavia, para assim agir, deve “fazer observar e observar ele mesmo o contraditório”, permitindo que as partes se manifestem sobre a norma a ser aplicada ou sobre a *questio iuris*. Deve-se procurar evitar a surpresa não só em relação ao material probatório, mas também em relação à matéria de direito debatida¹⁴.

¹⁴ Gustavo Henrique Badaró. Correlação entre acusação e sentença, 2ª edição, Ed. RT, São Paulo, 2009, p. 31/32.

Portanto, tais inovações, ainda que sejam matéria de direito, maculam de nulidade absoluta a decisão pela falta de correlação entre a acusação e sentença, o que evidencia o cerceamento de defesa do apelante em relação a tais pontos inovados na sentença condenatória *ex officio* pelo Magistrado.

Pelo exposto, tendo em vista a ausência de fundamentação válida para as exacerbações, impõe-se a redução das penas impostas ao apelante.

8. **Pedido**

Diante do que foi descrito, requer seja acolhida a preliminar pela ausência de conexão entre e os crimes patrimoniais e o homicídio, declarando o julgamento nulo, em razão de o apelante ter sido impedido de plenamente exercer o seu direito à defesa acerca das acusações legitimamente processadas, por ter que se manifestar acerca de fatos alienígenas que contaminaram o desenvolvimento dos trabalhos e a convicção dos jurados.

Caso tal preliminar seja superada, requer seja reconhecida a nulidade do julgamento pelo cerceamento de defesa decorrente da impossibilidade de defensor e acusado se comunicarem de forma reservada antes do interrogatório.

Caso sejam superadas as preliminares, requer-se a anulação do julgamento pela condenação se mostrar contrária à prova dos autos exatamente nessa ordem de prejudicialidade: quanto à autoria delitiva do apelante; ausência de prova para a manutenção da qualificadora de motivo fútil; e ausência de prova para a manutenção da qualificadora da utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Por fim, em caso de manutenção da condenação, requer-se sejam as penas do apelante reduzidas, em razão da ausência de fundamentação válida para a manutenção da pena-base acima do mínimo legal.

São Paulo, 12 de setembro de 2012.

Hugo Leonardo
OAB/SP 252.869

Mariana Chamelette L. Vieira
OAB/SP 311.029