

# CONCURSO PÚBLICO – DPE/RN DEFENSOR PÚBLICO SUBSTITUTO

## PROVA ESCRITA DISCURSIVA – P<sub>2</sub> – PEÇA PROCESSUAL

Aplicação: 31/1/2016

### PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

#### 2.1. Recurso cabível: apelação (art. 593, III, c, do CPP)

Cabimento: sentença proferida pelo juiz presidente do tribunal do júri é impugnável por meio da interposição de recurso de apelação. Preliminar de tempestividade. Contagem de prazos processuais (art. 798 do CPP). Prazo de cinco dias para a interposição. Réu assistido pela Defensoria Pública. Prazo em dobro (art. 5.º, § 5.º, da Lei n.º 1.060/1950 e/ou art. 128, I, da LC 80/94.). Prazo fatal para interposição: 25/10/2015, domingo. Prorrogação para o dia subsequente (art. 798, § 3.º, do CPP).

#### 2.2 Análise crítica da dosimetria penal – primeira fase de dosimetria

**Réu não ostenta maus antecedentes:** ações penais em andamento não ensejam reconhecimento de maus antecedentes. Jurisprudência do STF e do STJ.

**Conduta social:** análise do magistrado se confunde com o próprio motivo do crime (ciúme), que consistia na própria qualificadora prevista no art. 121, § 2.º, II, do CP. *Bis in idem*.

Entende-se por conduta social o comportamento do agente junto à sociedade. Afere-se o relacionamento do acusado com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos e bebidas, enfim, diz respeito ao comportamento social do autor do fato, que poderá ou não ter influenciado no momento do crime (Rogério Greco. **Curso de Direito Penal**. 5.ª ed. vol. I. Niterói: Impetus, 2005, p. 627).

No caso analisado, na dosimetria da pena, o juiz presidente considerou que a conduta social do acusado seria questionável, pois ele não respeitaria a individualidade das pessoas que estão à sua volta, tendo admitido, durante seu interrogatório, que frequentemente bisbilhotava o celular da vítima à procura de eventuais provas de infidelidade. Esse comportamento invasivo do apelante, além de não representar seu comportamento perante a sociedade, pois restrito ao relacionamento amoroso entre acusado e vítima, se confunde com o próprio motivo do crime, isto é, os ciúmes que sentia da vítima. Tendo sido o ciúme utilizado para qualificar o crime pelo motivo fútil, não pode ser novamente usado para majorar a pena do recorrente, sob pena de violação do princípio da vedação ao *bis in idem*.

**Personalidade:** A personalidade do agente não poderia ser considerada como fator desfavorável porque não foi realizado qualquer estudo técnico por profissionais capacitados para avaliar esse aspecto. Além disso, o fato do recorrente somente ter estudado até a 5.ª série não pode ser utilizado como prova de que seria pessoa de pouca cultura. Impressão pessoal do magistrado. Inidoneidade para justificar exasperação da pena.

**Circunstâncias do crime:** em crimes dolosos contra a vida, não é admissível, na fixação da pena-base (art. 59 do CP), a consideração de circunstância que constituiria qualificadora ou agravante do crime, sob pena de usurpação da competência do tribunal do júri (STJ, HC 60.012/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, quinta turma, julgado em 4/10/2007, DJe 7/4/2008). A crueldade do crime não poderia ter sido considerada na dosimetria da pena imposta ao acusado, pois não havia sido explicitada na denúncia, ou, ao menos, na pronúncia, não podendo, assim, ser quesitada e submetida ao conselho de sentença. Da mesma forma, o fato de o acusado ter praticado o crime em sua própria residência, de forma a dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima, não pode servir para exasperar a pena, pois já considerada como qualificadora, com base no disposto no inciso IV do § 2.º do art. 121 do CP. Com efeito, considerar tais circunstâncias como qualificadoras constitui usurpação da competência do tribunal do júri.

**Consequências do crime:** Deve-se afastar o aumento da pena base com fulcro nas consequências do crime, já que o fato de a vítima ter deixado familiares desamparados é consequência lógica e natural do crime de homicídio consumado. Portanto, cuida-se de circunstância inerente ao tipo penal previsto no art. 121 do CP.

### 2.3. Análise crítica da dosimetria penal – segunda fase de dosimetria

O réu não é reincidente. Nos termos do art. 63 do CP, a reincidência consiste na prática de novo crime, após o agente haver sido definitivamente condenado por crime anterior, no país ou no estrangeiro. Com efeito, cuida-se de instituto que deveria ser relegado ao abandono, na medida em que constitui “sintoma indicativo do fracasso do tratamento penal, a ser tributado ao Estado — ou com ele repartido —, e não exclusivamente ao infrator que infringiu novamente a lei penal” (Artur de Brito Gueiros Souza. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 401).

A agravante da reincidência diz respeito aos fatos anteriores ao crime paradigma. No caso em discussão, a condenação criminal definitiva do acusado, além de se referir a fato posterior ao homicídio, transitou em julgado também posteriormente. Logo, o acusado não é reincidente.

Em se tratando de crimes dolosos contra a vida, **não é admissível, na fixação da pena-base (art. 59 do CP), a consideração de circunstância que constituiria qualificadora ou agravante do crime, sob pena de usurpação da competência do tribunal do júri** (STJ, HC 60.012/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, quinta turma, julgado em 04/10/2007, DJe 07/04/2008). No caso em questão, crueldade e surpresa configurariam qualificadoras do crime de homicídio. Portanto, não poderiam ter sido utilizadas como agravantes.

**Asfixia não configura agravante.** Nos termos do art. 61, II, *d*, CP, é circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualificam o crime, o fato de ter o agente cometido o crime com o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum. A asfixia não está, portanto, incluída no rol previsto no dispositivo citado. Com a edição da Lei n.º 7.209/1984, retirou-se a referência, que existia na alínea *d*, à asfixia (Celso Delmanto. **Código Penal Comentado**. 5.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 113).

Ao utilizar o *modus operandi* via enforcamento para exasperar a pena base, o juiz sentenciante incorreu, mais uma vez, em evidente *bis in idem*, ao novamente valorar essa circunstância na segunda fase de dosimetria penal. Diante do exposto, impõe-se, no caso analisado, a exclusão da incidência da agravante genérica prevista no art. 61, II, *d*.

**Agravantes somente podem ser reconhecidas se sustentadas durante os debates.** O art. 492, I, *b*, do CPP vincula a incidência das agravantes e atenuantes na pena do sentenciado quando tiverem sido expressamente alegadas nos debates. Sobre o tema, leciona Guilherme De Souza Nucci:

“Não é demais lembrar que, sob o ponto de vista que temos sustentado, as agravantes e atenuantes a serem aplicadas pelo juiz presidente devem ter sido reconhecidas pelo júri. Inviável se torna que, sem qualquer, veredicto a respeito, o magistrado introduza qualquer agravante sem passar pelo crivo do Tribunal Popular. No mesmo prisma, precisa respeitar o decidido pelo júri quanto à existência ou não de atenuantes. A despeito disso, o art. 492, I, *b*, do CPP, dá entender que o magistrado pode reconhecer as agravantes e atenuantes que forem alegadas nos debates. Portanto, bastaria o pedido da parte interessada, não podendo, entretanto, acolher uma agravante ou atenuante de ofício”.

No caso em tela, o juízo de primeiro grau reconheceu as agravantes previstas no art. 61, incisos I e II, alíneas *c*, *d* e *f*, do CP. Contudo, tais agravantes não foram sustentadas pelo MP durante os debates em plenário. Por esse motivo, não poderiam ter sido utilizadas para agravar a pena do apelante.

**Compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da violência contra a mulher:** compensa-se a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP) com a agravante de ter sido o crime praticado com violência contra a mulher (art. 61, II, "f", do CP). O STJ tem firme entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser utilizada como circunstância preponderante quando do concurso entre agravantes e atenuantes, nos termos consignados pelo art. 67 do CP. Nessa linha intelectual, o STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.341.370-MT, Terceira Seção, DJe 17/4/2013, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, pacificou a compreensão de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, devem ser compensadas entre si. Nessa senda, o referido entendimento deve ser estendido, por interpretação analógica, à hipótese em análise, dada sua similitude, por também versar sobre a possibilidade de compensação entre circunstâncias preponderantes. AgRg no AREsp 689.064-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 6/8/2015, DJe 26/8/2015.

**Aplicação da confissão ao crime de furto:** confissão, ainda que qualificada, faz incidir a atenuante prevista no art. 65, II, d, do CP. (AgRg nos EDcl no AREsp 684.613/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, sexta turma, julgado em 25/8/2015, DJe 15/9/2015; (AgRg no HC 311.945/MS, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposos (desembargador convocado do TJ/PE), quinta turma, julgado em 30/6/2015, DJe 25/8/2015).

Sobre o furto também não incide a reincidência, assim como as demais circunstâncias previstas no art. 59 do CP, como ocorreu no caso do homicídio.

#### **2.4. Indenização Mínima – Ausência de Pedido Expresso – Prova do Dano Material – Inexistência – Impossibilidade de Condenação por Dano Moral**

Nos termos do art. 387, IV, do CPP, o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

A respeito desse dispositivo legal, lecionam Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer:

“De todo modo, qualquer que seja a leitura que se faça do art. 387, IV, do CPP, uma coisa é certa: seja como pena pecuniária, seja como condenação civil no processo criminal, a demonstração dos valores mínimos devidos deve ser de modo cabal no processo penal, de tal modo que não se corra o risco de se aplicar condenação em valores superiores àqueles a serem futuramente obtidos no juízo cível. Há, portanto, que se estabelecer sobre ele (valor) o contraditório em torno de sua comprovação (prejuízo efetivamente causado) e razoabilidade da despesa empreendida. Mais. Parece-nos que a lei não se reportou aos danos de natureza moral, limitando-se àqueles valores relativos aos danos materiais, de fácil comprovação (do prejuízo) no processo. O arbitramento do dano moral implicaria, a) a afirmação de tratar-se de verba indenizatória, isto é, de natureza civil; e b) a necessidade de realização de todo o devido processo penal para a sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei n.º 11.719/2008”.

No caso discutido, considerando os prejuízos supostamente sofridos pelos familiares da vítima, o juiz presidente fixou a quantia de R\$ 50.000,00 como valor mínimo a ser pago pelo apelante a título de indenização e reparação pelos danos causados pela infração. Entretanto, **não houve, durante todo o trâmite processual, qualquer pedido ou debate a respeito dos supostos prejuízos sofridos pela família**, tampouco o disposto no art. 387, IV, do CPP abarca a fixação de indenização moral. Dessa forma, conforme jurisprudência do STJ, “ausentes a prévia discussão e a efetiva prova do valor do prejuízo, o magistrado deve abster-se de aplicar o art. 387, inciso IV, do CPP”, pois somente assim estar-se-á assegurando o **contraditório e ampla defesa**.

“RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO DO OFENDIDO E OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU. NORMA DE DIREITO MATERIAL. IRRETROATIVIDADE.

1. A permissão legal de cumulação de pretensão acusatória com a indenizatória não dispensa a existência de expresso pedido formulado pelo ofendido, dada a natureza privada e exclusiva da vítima.
2. A fixação da reparação civil mínima também não dispensa a participação do réu, sob pena de frontal violação ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa.
3. A inovação legislativa introduzida pela Lei n.º 11.719/2008, que alterou a redação do inciso IV, do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitando que na sentença seja fixado valor mínimo para a reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da infração, ao contemplar norma de direito material mais rigorosa ao réu, não pode ser aplicada a fatos praticados antes de sua vigência.
4. Recurso especial provido.  
(REsp 1290263/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, quinta turma, julgado em 2/10/2012, DJe 9/10/2012)”