

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA – SEGUNDA TURMA APELAÇÃO n.º 0000136–20.2019.8.05.0065 Comarca de Origem: conde PROCESSO DE 1º GRAU: 0000136–20.2019.8.05.0065 APELANTE: lucimário nery da conceição advogado: daniel macedo conceição APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO PROMOTORA de justiça: ana patricia vieira chaves melo Relatora: . PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. QUEBRA DE INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS. NÃO CONFIGURADO. JURADOS QUE ESTÃO IMPEDIDOS DE CONVERSAREM ENTRE SI APENAS ACERCA DE ASSUNTOS RELACIONADOS AO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE PROVA NESSE SENTIDO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AQUIESCÊNCIA DA DEFESA. PRECLUSÃO. ART. 571, INCISO VIII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALTERAÇÃO DO QUANTUM EXASPERADOR. NÃO CABIMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO ADOTADO PREDOMINANTEMENTE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. REGIME FECHADO. PERSISTÊNCIA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DECRETADA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EVIDENCIADO O CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 387, § 1º, DO CPP, QUE DEVE SER INTERPRETADO CONFORME O ART. 311 DO CPP. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. Consoante art. 563 do Código de Processo Penal, vige na legislação processual o princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual a ausência de prejuízo à parte obsta a decretação da nulidade. É defeso à parte alegar nulidade para qual tenha concorrido, ex vi art. 565 do Código de Processo Penal, dispositivo reflexo do postulado venire contra factum proprium. Nos termos do art. 571, VIII, do CPP, eventual nulidade observada durante o julgamento em plenário deve ser arguida logo após a sua ocorrência, sob pena de preclusão. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu obsta a aplicação da pena-base no mínimo legal. No cálculo da pena-base, quando ausentes motivos que justifiquem a imposição de fração diversa, aplica-se o quantum de 1/6 (um sexto), sobre a pena-base ou 1/8 (um oitavo), considerado o intervalo entre a pena mínima e a máxima prevista para o delito, por circunstância judicial negativada, conforme critério matemático adotado predominantemente pelos Tribunais Superiores. Com o advento da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), em vigor desde 23/01/2020, o art. 387, § 1º, do CPP, deve ser interpretado conforme o art. 311 do CPP, não mais se admitindo, no sistema acusatório brasileiro, a decretação de ofício da prisão cautelar, sem prévio requerimento do Ministério Público, por ocasião da sentença condenatória. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação criminal n.º 0000136–20.2019.8.05.0065, da comarca de Conde, em que figuram como recorrente e recorrido o Ministério Público. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão de julgamento, em conhecer, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso, na esteira das razões explanadas no voto da Relatora. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. RELATORA 08 (APELAÇÃO CRIMINAL 0000136–20.2019.8.05.0065) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 4 de Setembro de 2023. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA , como próprio, o relatório constante do decisio colacionado no id. 44813205, acrescentando que este acolheu a exordial acusatória, para pronunciar como incurso nas sanções previstas no art. 121, § 2º, I e VI, do Código Penal. Sem recurso, a decisão transitou em

julgado (id. 44813231). O Réu foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri em 27/04/2023, tendo o Conselho de Sentença reconhecido que ele cometeu o delito previsto no art. 121, § 2º, I e VI, do Código Penal. Sobreveio a sentença inserta no id. 44813416 – fls. 25/32, sendo imposta ao Recorrente a pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime fechado. Irresignado, o Réu manejou a presente apelação, com suas respectivas razões lançadas no id. 43408148, com base o art. 593, III, alíneas a e d, do Código de Processo Penal, por meio das quais requereu, preliminarmente, a nulidade do feito, para que seja submetido a novo julgamento, diante da violação de incomunicabilidade dos jurados. No mérito, pugnou pela revisão da pena-base para o mínimo legal ou seja corrigido o cálculo da pena para dosar, por circunstância judicial negativa, a fração de 1/8 (um oitavo), sobre a pena-base, bem assim pela revogação da prisão preventiva. Em sede de contrarrazões, o Ministério Público de origem pugnou pelo improvimento do recurso. (id. 44813438). A Procuradoria de Justiça, no id. 46950157, opinou pelo conhecimento, rejeição da preliminar de nulidade e, no mérito, pelo provimento parcial do apelo, “para revogar a nova prisão preventiva decretada ao Apelante, mantendo-se os demais termos da r. sentença”. É o relatório. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. RELATORA 08 (APELAÇÃO CRIMINAL 0000136-20.2019.8.05.0065) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA VOTO Trata-se de apelação interposta contra a sentença exarada pela Juíza presidente do Tribunal do Júri, com lastro na decisão emanada do Conselho de Sentença, que condenou como incurso nas sanções previstas no art. 121, § 2º, I e VI, do Código Penal. Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do apelo. Consta da denúncia, em apertada síntese, que no dia 16/06/2019, por volta das 10h, na zona rural do município de Conde, o Denunciado com manifesto dolo de matar, por motivo fútil (ciúmes), desferiu diversos golpes de faca no peito da sua companheira, a vítima, causando-lhe sua morte. Submetido a julgamento popular, o Corpo de Jurados acolheu a tese acusatória, para condenar o Recorrente como incurso no art. 121, § 2º, I e VI, do Código Penal, sendo-lhe imposto a pena privativa de liberdade de 16 (dezesseis) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime fechado. A defesa suscitou, preliminarmente, a nulidade da sessão de julgamento, por suposta violação ao princípio da incomunicabilidade dos jurados. Ab initio, cumpre esclarecer que a questão afeita às nulidades guarda profunda relação com o prejuízo à parte, e embora exista a divergência doutrinária acerca da necessidade do dano também quando diante de uma nulidade absoluta, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, invocando o princípio pas de nullité sans grief (art. 563 do Código de Processo Penal), firmou entendimento que até mesmo esta demanda a efetiva demonstração do prejuízo. A título de exemplo, colhe-se o recente aresto: “(...) IV – O entendimento desta Suprema Corte é o de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo. Nesse sentido, o Tribunal tem reafirmado que a demonstração de prejuízo, 'a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas' (HC 85.155/SP, Rel. Min. ). V – Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, AgR no HC 173302/CE, Rel. Ministro, Segunda Turma, j. 30/08/2019, div. 04/09/2019). Na hipótese vertente, tão só o fato de “ter tido intervalo na Sessão Plenária do Tribunal do Júri”, sem qualquer comprovação de que os Jurados

“conversaram com quem quiseram, o assunto que quiseram”, não configura a mácula atribuída, notadamente porque a incomunicabilidade dos membros do conselho de sentença foi devidamente certificada à fl. 08 – id. 44813419. Ademais, como é cediço, os membros do Tribunal do Júri estão impedidos de conversarem entre si apenas acerca de assuntos relacionados ao processo, a fim de se evitar a indevida interferência de um na formação do convencimento de outro. Sobre o tema, leciona, in verbis:

“Incomunicabilidade dos jurados: significa que os jurados não podem conversar entre si, durante os trabalhos, nem nos intervalos, a respeito de qualquer aspecto da causa posta em julgamento, especialmente deixando transparecer a sua opinião. Logicamente, sobre fatos desvinculados do feito podem os jurados conversar, desde que não seja durante a sessão – e sim nos intervalos –, pois não se quer a mudez dos juízes leigos e sim a preservação de sua íntima convicção. A troca de ideias sobre os fatos relacionados ao processo poderia influenciar o julgamento, fazendo com que o jurado pendesse para um ou outro lado. (...)” (in Código de Processo Penal Comentado, 14ª edição, Ed. Forense, 2015, págs. 969/967). O certo é que a defesa não manifestou qualquer insurgência, e embora entendesse tratar-se de vício passível de caracterizar uma nulidade, preferiu manter-se inerte, aguardando o resultado do julgamento, para, diante de uma eventual condenação, como de fato veio a acontecer, alegar o defeito processual. Dessa forma, não pode agora querer se valer da sua própria omissão para sustentar nulidade, sob pena de convalidação de manobras processuais que vão de encontro à marcha do processo. Não há nenhuma divergência, doutrinária ou jurisprudencial, que a parte não pode arguir mácula para que tenha concorrido, conforme expressa disposição legal contida no art. 565 do Código de Processo Penal, que reflete o postulado venire contra factum proprium. Conforme se observa da leitura da Ata de fls. 22/32 – id. 44813416, o alegado vício, e ora afastado, não foi arguido durante a sessão de julgamento, de modo que, ainda que se restasse configurado, estaria alcançado pela preclusão, como dispõe o art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal. Na mesma direção, é o recente decisio: “(...) 2. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que eventuais nulidades ocorridas no plenário de julgamento do Tribunal do Júri devem ser arguidas durante a sessão, sob pena de serem fulminadas pela preclusão, nos termos da previsão contida no art. 571, VIII, do Código de Processo Penal. (...)” (STJ, HC 514.481/AC, Rel. Ministro, Quinta Turma, j. 19/09/2019, pub. DJe 27/09/2019). Dessa forma, seja porque não há mácula a ser reconhecida, seja porque estaria preclusa, a preliminar de nulidade deve ser rechaçada. No mérito, insurge-se o Recorrente quanto à pena aplicada requerendo a fixação da pena-base no mínimo legal ou a correção do quantum exasperador, utilizado no cálculo da pena, para dosar a fração de 1/8 (um oitavo), por circunstância judicial negativada, sobre a pena-base, bem assim a revogação da prisão preventiva. Analisando a primeira fase dosimétrica, percebe-se que a Magistrada a quo valorou negativamente duas das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade e circunstâncias do crime. Quanto à culpabilidade, aduziu que “é exacerbada, pois, pela prova dos autos, resta claro que o réu agiu de forma premeditada ao se encontrar com a vítima já portando a arma branca, utilizada para golpeá-la 21 vezes na região torácica, circunstância que denota um maior juízo de reprovabilidade”. Sabe-se que, para fins do art. 59 do CP, o referido vetor deve ser compreendido como o juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu. Não se trata de verificação da

ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente que, no caso concreto, demonstra o maior desvalor de sua conduta e autoriza a exasperação da reprimenda. Nessa senda, a jurisprudência da Corte Superior: “(...) Ainda que assim não fosse, na hipótese, há motivação idônea para a valoração negativa do vetor da culpabilidade do agente, com o correspondente aumento de pena e obedecido o parâmetro prudencial de aumento de 1/6 sobre o mínimo legal, uma vez que se anotou que o delito foi premeditado, o que se tem entendido ser razão bastante para a exasperação da sanção básica. Precedentes” (AgRg no HC n. 804.533/PE, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 17/3/2023). No que se refere às circunstâncias do crime destacou que “as CIRCUNSTÂNCIAS que acompanharam a conduta criminoso devem ser analisadas negativamente porquanto a vítima foi dirigida pelo acusado a local ermo, onde foi golpeada”. Escorreita a motivação exarada, ratifico a negativação sentenciada, eis que tal vetor deve mesmo ser havido como desfavorável, pois, compreendidos os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o crime, ou seja, o modus operandi empregado que resulta na maior gravidade da conduta perpetrada pelo agente, consigna-se plenamente justificado o incremento na pena basilar. Nessa mesma toada: “(...) As circunstâncias do crime são entendidas como fatores associados ao tempo, lugar e modo de execução que, não constituindo elementares, circunstâncias legais ou causas de aumento, se revistam de relevância na aplicação da pena. No caso em análise, restou destacado que o crime foi praticado em local ermo, dificultando o socorro, de maneira premeditada, em atuação de organização criminoso (Primeiro Comando da Capital – PCC) e em contexto de tráfico de drogas e exploração da prostituição, mostrando-se devidamente fundamentado o incremento na pena-base” (AgRg no HC n. 744.728/SC, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 3/11/2022). Quanto ao cálculo da pena-base, no sentido de que esta deva incidir sobre a fração de 1/8 (um oitavo), de igual modo, entendo que não merece acolhimento o pleito defensivo. Mantidas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, referentes à culpabilidade e às circunstâncias do crime, valoradas em desfavor do Réu, observe-se que, embora a Sentenciante não esteja obrigada, de fato, a seguir um critério matemático rígido, adotou, dentre os critérios matemáticos predominantemente aceitos pelos Tribunais Superiores (de 1/6 sobre a pena-base e 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima), a fração, in casu, mais benéfica ao Recorrente, não havendo motivo para modificação do julgado nesta parte. Nesse sentido: “(...) O magistrado não está obrigado a seguir um critério matemático rígido, de modo que não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração específica para cada circunstância judicial, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima ou mesmo outro valor. Tais frações são parâmetros aceitos pela jurisprudência do STJ, mas não se revestem de caráter obrigatório, exigindo-se apenas que seja proporcional e devidamente justificado o critério utilizado pelas instâncias ordinárias.” (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.322.083/MT, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023). Portanto, mantenho a fração de aumento de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base, e por conseguinte, o aumento de 02 (dois) anos, por circunstância desfavorável, e a pena basilar em 16 (dezesesseis anos) de reclusão. Na segunda etapa, corroboro o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP) e da agravante do motivo fútil, face

seu deslocamento como qualificadora, para esta fase dosimétrica, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ: (AgRg no HC n. 785.615/MG, relator Ministro, Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 30/3/2023), bem assim da compensação exarada pela Juíza sentenciante. Destarte, à míngua de causas de diminuição e/ou aumento, fica a pena definitiva inalterada em 16 (dezesseis) anos de reclusão. Mantenho o regime fechado como inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea a, do CP. Por fim, assiste razão à Defesa quanto pugna pelo direito de o Réu recorrer em liberdade, ainda que sob outros fundamentos. Com as inovações introduzidas ao Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), não mais se admite, no sistema acusatório brasileiro, a decretação de ofício da prisão cautelar, como na espécie, sem prévio requerimento do Ministério Público, seja ela no momento da conversão da prisão em flagrante em preventiva, seja por ocasião da sentença, restando, assim, configurado o constrangimento ilegal suportado pelo Recorrente, a impor sua revogação. A título de ilustração, trago à lume os precedentes: “(...) 1. A reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 (‘Lei Anticrime’), preservando e valorizando as características essenciais da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, modificou a disciplina das medidas de natureza cautelar, especialmente as de caráter processual, estabelecendo um modelo mais coerente com as características do moderno processo penal. 2. ‘A Lei n. 13.964/2019, ao suprimir a expressão ‘de ofício’ que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio ‘requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público’, não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação ‘ex officio’ do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência’ (STF, HC 186490, Relator (a):, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-255 DIVULG 21-10-2020 PUBLIC 22-10-2020). 3. Assim, embora a Lei nº 13.964/2019 não tenha alterado o art. 387, § 1º, do CPP, que permite ao Juiz decretar, desde que fundamentadamente, a prisão na sentença condenatória recorrível, o sistema acusatório brasileiro não mais permite a decretação de ofício da prisão cautelar, seja ela no momento da conversão da prisão em flagrante em preventiva, no curso da ação penal, ou no momento da prolação da sentença condenatória. 4. Assim, é ilegal a decretação da prisão cautelar na sentença penal condenatória sem o prévio requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação. 5. Agravo ministerial a que se nega provimento.” (AgRg no HC n. 699.150/RJ, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022); “(...) 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao concluir em 24/02/2021 o julgamento do RHC 131.263/GO, Rel. Ministro, fixou orientação no sentido de que o inciso II do art. 310 do Código de Processo Penal não permite que a prisão em flagrante seja, de ofício, convertida em preventiva. 2. Pelo mesmo raciocínio, deve ser reconhecida a ilegalidade da decretação da

prisão preventiva por ocasião da sentença, ao Réu que respondeu ao processo em liberdade, sem pedido prévio do órgão acusatório, já que o julgador agiu ex officio, decretando, em verdade, a prisão processual inicial, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. 3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC n. 687.128/DF, relatora Ministra , Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022). Assim, uma vez constatado o constrangimento ilegal suportado pelo acusado, concedo-lhe o direito de recorrer em liberdade, se por outro motivo não estiver custodiado. Ante o exposto, conheço, rejeito a preliminar e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso, para assegurar ao Réu o direito de recorrer em liberdade, se por outro motivo não estiver custodiado. Mantenho a sentença vergastada em seus demais termos. Serve o presente como alvará de soltura em favor de , brasileiro, solteiro, pedreiro, natural de Conde/BA, nascido em 15/09/1988, RG nº 15114910-00 SSP/BA, filho de e de , residente no Povoado Cangurito, Conde/BA, devendo ser imediatamente posta em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. É como voto. Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema. RELATORA 08 (APELAÇÃO CRIMINAL 0000136-20.2019.8.05.0065)