

**Tribunal do Júri - Homicídio qualificado privilegiado - Violenta emoção - Fixação da pena - Diminuição - Critério subjetivo - Circunstâncias judiciais - Tentativa - *Iter criminis* - *Aberratio ictus* - Concurso formal - Regime semi-aberto - Possibilidade**

Ementa: Tribunal do Júri. Causas especiais de diminuição de pena dos arts. 121, § 1º, do CP e 14 do CP. Dois crimes. Duas penas-base. Fixação de uma no mínimo e de outra acima do mínimo. Incoerência. Inexistência. *Aberratio ictus* com unidade complexa. Aplicação da figura do concurso formal. Pena privativa de sete anos de reclusão. Regime prisional fechado. Não-cabimento. Ausência de justificativa para fixação de regime mais rigoroso. Recurso parcialmente provido.

- O § 1º do art. 121 do Código Penal apresenta causa especial de diminuição de pena para cuja aplicação o juiz não dispõe de aspectos objetivos, mas puramente subjetivos da própria causa, tais como as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e até mesmo o resultado da votação da própria causa.

- O percurso do *iter criminis* é que deve ser adotado como critério para se optar por uma redução maior ou menor em razão da tentativa.

- Não há qualquer incoerência no fato de a pena-base de um crime ser fixada no mínimo legal e a de outro o ser acima do mínimo, ainda que praticados ao mesmo tempo os delitos, se as circunstâncias judiciais apresentarem alguma diferença.

- Na *aberratio ictus* com unidade complexa, aplica-se a regra do concurso formal.

- Se a pena é de sete anos de reclusão, o regime prisional deve ser o semi-aberto, se inexistem justificativas a recomendar ou autorizar a fixação de regime mais gravoso.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0708.03.003711-1/001 - Comarca de Várzea da Palma - Apelante: Denes Fernando Cerqueira dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas,

à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL. MANDADO DE PRISÃO.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2008. - José Antonino Baía Borges - Relator.

**Notas taquigráficas**

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Antônio da Costa Rolim.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Denes Fernando Cerqueira dos Santos, contra a r. sentença de f. 371/376, que o condenou, como incurso nas sanções do art. 121, §§ 1º e 2º, IV, c/c art. 14, II, e do art. 121, § 3º, c/c o art. 65, III, c, na forma do art. 73, todos do Código Penal, à pena de 7 anos de reclusão.

O réu interpôs recurso de apelação, alegando que o MM. Juiz, ao aplicar a pena com relação à vítima Márcio Francisco Barbosa, não aplicou com correção as causas especiais de diminuição de pena dos arts. 121, § 1º, e 14, parágrafo único, ambos do CP, e que, com referência ao ofendido Sandoval Ramos Martins, a pena-base foi fixada em montante muito elevado, sem justificativa, mesmo porque a outra pena-base foi fixada no mínimo, sendo idênticas as circunstâncias judiciais. Diz, mais, que a aplicação da regra dos arts. 73 e 70 lhe foi maléfica, sendo de se individualizar a pena de cada crime, com os respectivos regimes prisionais e com a aplicação de pena substitutiva com relação ao crime culposo. Por fim, pede a aplicação do regime prisional aberto (f. 396/399).

Em contra-razões, o Ministério Público pediu a confirmação da sentença (f. 402/413).

A d. Procuradoria opinou pelo provimento parcial ao recurso, apenas para que seja fixado o regime prisional semi-aberto (f. 414/417).

Conheço do recurso.

I - Primeiramente, examino a alegação do apelante de que o MM. Juiz, ao aplicar a pena com relação à vítima Márcio Francisco Barbosa, não aplicou com correção às causas especiais de diminuição de pena dos arts. 121, § 1º, e 14, parágrafo único, ambos do CP.

Sustenta o recorrente que, segundo o § 1º do art. 121 do CP, a pena deve ser reduzida de 1/3 a 2/3, sendo que, ao reduzi-la em 1/4, sem justificativa, fez o Magistrado uso de fração de redução ao arpejo da lei.

Como registra Mirabete, citando julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina,

o § 1º do art. 121 do CP representa causa especial de diminuição de pena para o qual o juiz não dispõe de aspectos objetivos, mas puramente subjetivos da própria causa, sendo vedada apreciação do mérito da decisão dos jurados; para proceder à obrigatória redução, resta-lhe apoio em outros elementos, passíveis de exame subjetivo,

como as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e até mesmo o resultado da votação da própria causa (cf. *Código Penal interpretado*. Atlas, 2000, p. 650).

Ora, no caso dos autos, a vítima encontrava-se trabalhando como segurança do estabelecimento, e o apelante foi àquela casa para se divertir, em estado de embriaguez, tendo assassinado a vítima porque ela, como segurança, tentou expulsá-lo do local, em razão de sua conduta inconveniente.

Diante dessas circunstâncias, não poderia mesmo o Magistrado aplicar a redução máxima prevista para a hipótese.

Quanto à adoção do fator de redução mínima prevista no art. 14, II, do CP, isso se deve ao fato de todo o *iter criminis* ter sido percorrido, sendo certo que é o percurso desse *iter criminis* que deve ser adotado como critério para se optar por uma redução maior ou menor em razão da tentativa.

Por força disso, sem razão o apelante nesse ponto.

II - Passo ao exame da alegação de que, com referência ao ofendido Sandoval Ramos Martins, a pena-base foi fixada em montante muito elevado, sem justificativa, mesmo porque a outra pena-base foi fixada no mínimo, sendo idênticas as circunstâncias judiciais.

Sem razão o recorrente, porque a fixação da pena-base acima do mínimo está justificada na r. sentença (f. 374/375), uma vez que dali consta que o assassinato da vítima Sandoval decorreu de desentendimento do recorrente com a outra vítima, o que se deu de madrugada, após ter o apelante ingerido bebida alcoólica, com tudo resultando na morte de uma pessoa que não tinha qualquer relação com a briga do recorrente com o outro ofendido.

A par disso, é de se considerar que a imprudência do apelante, como sustentado pelo Dr. Procurador de Justiça (f. 416), foi de intensidade extrema, consistente no disparo da arma de fogo em direção a uma boate que se encontrava lotada.

Cabe destacar, enfim, que a pena pelo cometimento do assassinato do ofendido Sandoval ficou ao final concretizada em apenas 1 ano e 6 meses de detenção.

Por fim, o fato de a pena-base, com relação a outra vítima, ter sido fixada no mínimo, enquanto aquela fixada com referência ao ofendido Sandoval não o foi, não constitui qualquer contradição, pois as circunstâncias de um e de outro delito guardam diferenças, como aqui visto.

III - Passo à análise da alegação do recorrente de que a aplicação da regra dos arts. 73 e 70 lhe foi maléfica, sendo de se individualizar a pena de cada crime, com os respectivos regimes prisionais e com a aplicação de pena substitutiva com relação ao crime culposo.

Como se vê dos autos, o apelante foi condenado porque desferiu, de inopino e por motivo fútil, cinco disparos de arma de fogo contra a vítima Márcio Francisco

Barbosa, vindo a atingir também, por erro de execução, o ofendido Sandoval Ramos Martins.

Trata-se, assim, de um caso de *aberratio ictus* com unidade complexa, porque também atingida a pessoa visada.

Ora, como salientado pelo eminente Des. Sérgio Braga, quando do julgamento da Apelação Criminal nº 1.0024.96.012905-4/001,

extrai-se da doutrina que o que justifica a existência e a punição da *aberratio ictus* com unidade complexa, segundo as regras dos arts. 73 e 70, ambos do CP, é exatamente o fato de que o autor atuou com um único desígnio, qual seja de eliminar a vítima fatal dos autos, acabando por atingir a segunda vítima por erro ou excesso na execução - vítima que o autor nem sequer conhecia nem mesmo percebeu presente nas proximidades -, não se admitindo que desejasse também sua morte. Se, ao contrário, o autor estivesse possuído de desígnios autônomos - de matar a vítima fatal e matar a segunda pessoa, que nem conhecia, repito -, não haveria *aberratio ictus*, e a hipótese seria mesmo de concurso de crimes. Se com uma única ação, concurso formal; se com mais de uma, concurso material, mas sempre penas cumuladas, se houvesse desígnio autônomo (julgamento: 26.10.2004; publicação: 4.11.2004).

Nesse sentido, ainda:

Desconsideração da vítima real - STF: Hipótese em que se atingiu não só a pessoa visada como também terceiro, por erro de execução. Regência da espécie pela disciplina do concurso formal (RT 598/420).

E também:

Aplicação da regra do concurso formal - STF: Na *aberratio ictus*, sendo atingida a pessoa visada e também uma outra, involuntariamente, por erro de execução, o desígnio criminoso é um só. De acordo com o art. 51, § 12 (art. 70 vigente), do CP, de 1940, aplica-se, pois, na espécie, uma só pena, a do crime mais grave, com acréscimo de 1/6 até metade (RT 598/420).

E mais:

Se o agente fere a pessoa diversa e mata aquela realmente visada, consideram-se existentes dois delitos: um, de lesão corporal em relação à primeira, e outro, de homicídio doloso em relação à segunda, devendo ser aplicada, no caso, a regra do art. 70 do CP, por se tratar de concurso formal de delitos, consoante preceitua a última parte do art. 73 do mesmo Diploma Penal (RT 696/378).

Vale destacar, por fim, que, no caso em exame, a pena mais grave foi aumentada pela fração mínima prevista no art. 70, parágrafo único, do CP, não ficando a pena, ao final, superior ao que ficaria se simplesmente somadas as penas, na forma do art. 69 também do CP.

Assim, nenhum reparo há a fazer quanto ao ponto.

IV - Passo ao exame do pedido de alteração do regime prisional.

Nesse ponto, a razão está com o apelante, porque o montante da pena permite a fixação do regime semi-aberto para o seu cumprimento (CP, art. 33, § 2º, b), tendo a r. sentença fixado o regime fechado, sem justificativa para tanto, *data venia*, mesmo porque elas não se fazem presentes, já que se trata de réu primário, de bons antecedentes, com as circunstâncias judiciais, em linhas gerais, a ele favoráveis.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso apenas para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena.

Custas, na forma da lei.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Peço vista dos autos.

### Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Antônio da Costa Rolim.

DES. HERCULANO RODRIGUES - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 10.04.08, a meu pedido, após votar o Relator dando parcial provimento.

Meu voto é o seguinte.

Pedi vista destes autos a fim de reexaminar a questão posta no recurso aviado pelo acusado, em razão de dúvidas que me assaltaram na sessão de julgamento e que agora pude esclarecer.

A hipótese retratada na apelação é de *aberratio ictus* plurilesiva: o acusado, Denes Fernando Cerqueira dos Santos, armado com um revólver, desfechou tiros contra Márcio Francisco Barbosa, ferindo-o, mas atingiu também, por erro na execução, a pessoa de Sandoval Ramos Martins, que veio a falecer em consequência das lesões sofridas.

Ora, se não foi agitada a tese de desígnios autônomos em relação aos ofendidos, os quesitos de defesa, sejam aqueles relativos ao elemento subjetivo (desclassificação), à existência de excludentes ou causas de diminuição de pena, haveriam de figurar apenas no questionário relativo à pessoa visada. Em relação à vítima alvejada por erro na execução, afastada a hipótese de dolo eventual, independentemente do resultado verificado (lesões ou morte), não havia que se falar em dolo, legítima defesa, privilégio ou mesmo em qualificadoras.

Como assinala Hermínio Alberto Marques Porto,

se a defesa aceitar, em conformidade com a classificação oficial, o resultado, em relação à segunda pessoa, como mediatamente conexado com a conduta do réu contra a primeira pessoa, então não poderá, pena de incoerência, pretender, por exemplo, tenha o réu, em relação à segunda pessoa, agido por culpa, bem como não poderá, em outro exemplo, pretender a legítima defesa em relação à segunda pessoa (*Júri - procedimentos e aspectos do julgamento - questionários*. 11. ed., Saraiva, p. 228).

Portanto, negados os quesitos defensivos da primeira série, que questionava sobre as lesões corporais sofridas pela pessoa visada, e afirmados os quesitos iniciais da segunda série, acerca dos ferimentos letais na terceira pessoa, o réu haveria de responder por um único homicídio doloso consumado (e não tentado), com um aumento de pena de um sexto até metade (arts. 73 e 70 do Código Penal).

As qualificadoras, agravantes e causas de diminuição reconhecidas em relação à pessoa visada, uma vez afirmada a série da *aberratio ictus* (com tipo de quantidade penal mais expressiva do que a do tipo definido na primeira série), seriam transferidas para esta última figura.

Não foi isso, entretanto, o que aconteceu na espécie. A votação da segunda série do questionário prosseguiu, indevidamente, para alcançar tese de homicídio culposo contra a vítima atingida por erro.

Perplexo, concluiu o MM. Juiz-Presidente, equivocadamente, que o réu fora condenado por uma tentativa (dolosa) de homicídio, em relação à pessoa visada, e por homicídio culposo em relação ao terceiro, vítima fatal alvejada acidentalmente.

Fixou em seis anos de reclusão a pena para o crime de homicídio tentado e em um ano e seis meses de detenção a pena para o delito de homicídio culposo (consumado), aplicando, ao final, a pena mais grave, aumentada de 1/6, concretizando a reprimenda em sete anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Como se vê, foi o réu indevidamente favorecido no julgamento e na sentença, recebendo uma sanção bem aquém daquela a que estaria sujeito se observadas as regras da *aberratio ictus* plurilesiva.

O recurso, todavia, é exclusivo da defesa, pelo que já não pode ser reparado o grave erro verificado.

Não obstante, busca o acusado uma pena ainda menor.

Não vejo como atender à pretensão.

Abstraido o equívoco apontado - que resultou, como já dito, numa reprimenda mais benéfica para o réu -, as demais operações da dosimetria da pena não estão a merecer reparo.

As atenuantes não possuem o condão de reduzir a pena-base aquém do mínimo.

Quanto à tese da violenta emoção, reconhecida pelo número mínimo de votos (4x3), é de se observar que o acusado já havia deixado o local do crime (uma boate), onde tivera um desentendimento inicial com a vítima. Decidiu, porém, voltar, desta vez armado com um revólver calibre 38, ocasião em que tiveram lugar os acontecimentos descritos na denúncia.

Portanto, se os jurados, diante de uma situação que afastaria o reconhecimento do privilégio, admitiram, por maioria, a violenta emoção "logo após" injusta provocação da vítima, ao MM. Juiz-Presidente cumpria promover a redução mínima permitida em lei.

Por outro lado, aproximando-se o réu da consumação do homicídio em relação à pessoa visada, mostrou-se adequada a diminuição mínima, de 1/3.

Quanto à incidência do concurso formal, decorre do preceito contido no art. 73 do Código Penal.

Não merece redução, portanto, a pena aplicada.

Acompanho o eminente Relator, por fim, no tocante ao regime prisional.

Ausente recurso da acusação e fixada a pena em patamar inferior a oito anos, tidas como favoráveis na sentença as circunstâncias judiciais, o regime adequado é o semi-aberto.

Nesses termos, também dou parcial provimento ao recurso para alterar para semi-aberto o regime prisional.

Expeça-se o competente mandado de prisão.

DES. HYPARCO IMMESI - De acordo com o Relator.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL. MANDADO DE PRISÃO.

...