ACÓRDÃO N° 98.233
APELAÇÃO PENAL DA COMARCA DE SANTARÉM
APELANTES: ARGEMIRO DE OLIVEIRA GOMES E PAULO PIMENTEL DE OLIVEIRA
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA.
RELATOR: DESEMBARGADOR RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES

**EMENTA**

**Apelação penal – Homicídio qualificado – Ocultação de cadáver – Apelação de Argemiro de Oliveira Gomes – Nulidade absoluta dos atos posteriores a pronúncia – Procedência – Advogados que renunciaram ao patrocínio da causa – Intimação tardia do réu para constituir novo causídico – Ausência de nomeação de defensor público ou dativo – Julgamento do recurso em sentido estrito sem advogado constituído – Violação ao art. 5º, XXXVIII, "a", LIV e LV da CR/88, ao art. 261 do CPPB, e a SUM. 708 do STF – Nulidade absoluta reconhecida – Processo anulado desde o julgamento do recurso em sentido estrito – Recurso provido – Apelação de Paulo Pimentel de Oliveira – Nulidade absoluta dos atos posteriores a pronúncia – improcedência – Falta de intimação de duas testemunhas arroladas em caráter de imprescindibilidade – Cerceamento de defesa pela retirada de um dos advogados do plenário – Irrelevância – Decisão contrária as provas dos autos – Improcedência – Sentença contrária à lei expressa e erro ou injustiça no tocante a aplicação da pena – Procedência – Inaplicabilidade do instituto da reparação civil introduzido pela Lei nº 11.719/08 aos crimes em comento – Prescrição do delito de ocultação de cadáver – Existência de bis in idem na fixação da pena-base – necessidade de nova dosimetria da reprimenda – Recurso parcialmente provido. A - Apelação de Argemiro de Oliveira Gomes I. É cediço que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (art. 261, do CPPB)". Assim, tendo os patronos do**

**recorrente renunciado ao patrocínio da causa, caberia ao magistrado determinar a sua intimação para constituir novo advogado ou nomear-lhe defensor público ou dativo. In casu, a magistrada nomeou defensor ao acusado quase um anos após o julgamento do recurso em sentido estrito, o qual aconteceu, portanto, durante o período em que o recorrente se encontrava sem advogado constituído, ensejando, assim, a ocorrência de nulidade absoluta, pela violação ao art. 5º, XXXVIII, "a", LIV e LV da CR/88, bem como pela ofensa ao art. 261 do CPPB e a Súmula 708 do STF; II. Recurso provido para anular o processo desde o julgamento do recurso em sentido estrito do apelante. Precedentes do STJ e do TJ/SC. B - Apelação de Paulo Pimentel de Oliveira I. A cláusula de imprescindibilidade da testemunha só vigora quando ela reside no endereço fornecido pela parte, pois estando em local incerto, padece de razão o pedido de adiamento do julgamento. Inteligência do art. 461, § 2º do CPPB. Precedentes do TJ/ES; II. A defesa não indicou os motivos levados em conta na hora de arrolar as testemunhas como imprescindíveis ao deslinde da causa, não sendo possível se aferir onde reside o prejuízo pela sua não oitiva. Aplicação do princípio da pas de nullité sans grief, previsto no art. 563 do CPPB. Precedentes do STJ; III. A retirada de um dos advogados do plenário não causou nenhuma nulidade, pois o réu jamais ficou desassistido de profissional habilitado durante o julgamento. Ao contrário, a presença do defensor é que poderia causar nulidade, em face do patente conflito entre teses defensivas, já que o causídico era também advogado de corréu já condenado. Aplicação da Súmula 523 do STF; IV. Pedido de nulidade absoluta dos atos posteriores a pronúncia improcedente; V. A decisão dos jurados não se encontra dissociada do conjunto probatório dos**

**autos, pois o conselho de sentença optou por uma das vertentes de prova existentes para a autoria do crime, não havendo porque se falar em anulação do julgamento com base no art. 593, III, "d" do CPPB. Isto porque, as decisões contrárias às provas dos autos são aquelas em que os jurados, equivocadamente, adotam versão que é absolutamente incompatível com os elementos de convicção do processo, o que de fato não ocorreu no caso. Precedentes do STJ; VI. Incabível a fixação de um valor mínimo para a reparação dos danos á vítima, prevista na nova redação do art. 387, IV, do CPPB, dada pela Lei nº 11.719/08, pois embora constante do ordenamento processual penal, se trata de norma de direito penal, inaplicável aos crimes perpetrados antes de sua vigência, em face do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Precedentes do TJ/SC e do TJ/RN; VII. Não pode o magistrado reconhecer o direito a reparação civil sem que exista requerimento expresso nesse sentido, em regra, formulado no momento da apresentação da denúncia, pois a condenação ao ressarcimento dos danos não é um efeito automático do édito condenatório, podendo resultar em verdadeiro julgamento extra petita, caso seja fixado de ofício pelo juiz na sentença, violando, com isso, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes do TJ/AC e do TJ/MG; VIII. Reconhecida a prescrição retroativa do crime de ocultação de cadáver. Esta decisão deve ser estendida ao corréu, pois se funda em motivos de caráter eminentemente objetivo, ex vi do art. 580 do CPPB; IX. O juiz não poderia ter valorado novamente as duas qualificadoras na primeira fase de fixação da pena, sob pena de incorrer em odioso bis in idem. É cediço que havendo duas qualificadoras para o crime, uma deverá ser utilizada para qualificar a infração, enquanto a outra poderá ser considerada como agravante genérica**

**ou como circunstância negativa na primeira fase de dosimetria da reprimenda, tudo em homenagem ao princípio da soberania dos vereditos e em obediência ao sistema trifásico de aplicação da pena. A dupla qualificação da infração revela um maior desvalor na conduta do agente, devendo, por isso, ser sopesada em seu desfavor. Precedentes do STJ; X. Alegação de sentença contrária à lei expressa e erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena procedente. Necessidade de nova dosimetria da reprimenda. Pena fixada em dezessete anos de reclusão; XI. Recurso conhecido e parcialmente provido.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal Isolada, por unanimidade, em conhecer de todos os recursos e dar provimento ao apelo de ARGEMIRO DE OLIVEIRA GOMES, a fim de submetê-lo a novo julgamento, e parcial provimento a apelação de PAULO PIMENTEL DE OLIVEIRA, tudo na conformidade do voto do relator.

Belém, 07 de junho de 2011.

Desembargadora Raimunda do Carmo Gomes Noronha

Presidente

Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes

Relator

## RELATÓRIO

ARGEMIRO DE OLIVEIRA GOMES E PAULO PIMENTEL DE OLIVEIRA interpuseram RECURSOS DE APELAÇÃO, objetivando ver anulada a sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 10ª Vara Penal do Tribunal Júri da Comarca de Santarém/PA, a qual os condenou, respectivamente, à pena de 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 30 (trinta) dias-multa e de indenização no valor total de R$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos morais e materiais; bem como à sanção de 20 (vinte) anos e 11 (onze) meses de reclusão, além de 50 (cinqüenta) dias-multa e de indenização na soma total de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) por prejuízos morais e materiais, devendo ambas as penas serem cumpridas em regime inicialmente fechado, tudo pela prática, em concurso material de agentes, dos crimes de homicídio qualificado e ocultação de cadáver, tipificados nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV e 211 do CPB.

Em suas razões, o recorrente ARGEMIRO DE OLIVEIRA GOMES sustentou a existência de cerceamento de defesa pela dispensa da oitiva do corréu Waldemir Araújo dos Santos, o qual fora erroneamente arrolado como testemunha pelo parquet em caráter de imprescindibilidade, frustrando, assim, as intenções dos seus patronos de proceder à inquirição do depoente, a fim de demonstrar em plenário as contraditórias versões dadas por ele para apontar-lhe como co-autor do crime.

Alegou a existência de nulidade processual pela violação aos princípios do contraditório, da ampla e plena defesa e do devido processo legal, esculpidos no artigo 5º, incisos XXXVIII, “a”, LIV e LV da CR/88, bem como pela ofensa ao artigo 261 do CPPB e à Súmula 708 do STF, pois o acórdão n.º 51.860/2004, que julgou o recurso em sentido estrito interposto contra a decisão de pronúncia, foi publicado em 31 de março de 2004, data em que, supostamente, o apelante se encontrava sem advogado constituído, acarretando, com isso, odioso cerceamento de defesa, já que não pôde, a época, buscar nova análise da matéria junto aos Tribunais Superiores.

Baseado nesses fundamentos, o apelante pugnou pela declaração de nulidade absoluta dos atos processuais posteriores a pronúncia, ex vi do art. 593, inciso III, alínea “a”, do CPPB, com a conseqüente republicação do supra mencionado acórdão.

Aduziu, ainda, que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária as provas dos autos, pois inexistiria qualquer elemento probatório capaz de apontar a sua co-autoria no delito, razão pela qual requereu a anulação do julgamento, a fim de ser submetido a novo júri popular, com base no art. 593, inciso III, “d”, do CPPB.

Por derradeiro, o recorrente afirmou que a sentença foi injusta quanto à aplicação da pena e, também, contrária a legislação penal, visto que o magistrado não fez constar no decisum as razões que o levaram a fixar a reprimenda acima do mínimo legal, apenas se limitou a dizer que os motivos, circunstâncias e consequências do crime eram “desfavoráveis ao réu”, em virtude do delito ter sido cometido “mediante paga ou promessa de pagamento [...] dificultando ou tornando impossível a defesa da vítima”. Ainda nesta alegação, aduziu que tais circunstâncias já haviam sido consideradas quando da condenação pelo crime tipificado no art. 121, § 2º, I e IV do CPB, não havendo, portanto, a menor possibilidade de serem novamente valoradas pelo juiz no momento da fixação da pena-base.

Baseados nessas razões, pugnou, subsidiariamente, pela reforma parcial da sentença, a fim de que seja reconhecida a violação aos artigos 59 do CPB e 93, inciso IX do CR/88, bem como a injustiça na aplicação da sanção, de modo que a pena-base seja fixada no mínimo legal, tudo com fulcro no art. 593, inciso III, alienas “b” e “c” do CPPB.

Já o apelante PAULO PIMENTEL DE OLIVEIRA alegou a existência de nulidade pela ofensa aos art. 461 e 564, inciso III, “h” do CPPB, pois não teriam sido intimadas duas testemunhas arroladas em caráter de imprescindibilidade pela defesa, em virtude de não terem sido devidamente localizadas pelos oficiais de justiça. Isto porque, afirma não ter sido providenciada a intimação dos patronos para apresentação do novo endereço das depoentes, inviabilizando a produção da prova em plenário.

Afirmou que o juiz-presidente, diante destes fatos, deveria ter agido com razoabilidade, suspendendo o julgamento e remarcando-o para data futura. Todavia, além de continuar com o júri, indeferiu o requerimento de substituição das testemunhas faltantes, violando, assim, os princípios da plenitude da defesa e do devido processo legal.

O recorrente destacou, também, que houve cerceamento de defesa pela retirada do plenário de um dos seus advogados, em razão dele ter atuado também na defesa do corréu Waldemir Araújo dos Santos, provocando, com isso, enorme prejuízo à defesa, a qual se viu desfalcada de um dos causídicos de maior conhecimento dos fatos apurados.

Por todas as razões acima relatadas, pugnou pela declaração de nulidade absoluta dos atos processuais posteriores a pronúncia, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea “a” do CPPB.

O apelante aduziu, ainda, que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às provas dos autos, pois inexistiria qualquer elemento probatório capaz de apontar a sua co-autoria no delito, a não ser o depoimento do corréu Waldemir Araújo dos Santos, o qual foi colhido durante o inquérito policial mediante tortura e, por isso, não corroborado em juízo, quando presentes as garantias da plenitude de defesa e do contraditório.

Sustentou que a fragilidade do conjunto probatório resultou em pedido de absolvição e desclassificação para o crime de latrocínio formulado pelo parquet em sede de alegação finais, já que não se poderia acatar a delação isolada de corréu como prova hábil para embasar o édito condenatório, visto que co-autor não tem compromisso com a verdade e busca em seu depoimento somente auto defender-se dos fatos narrados. Por estas razões, requereu a anulação do julgamento, a fim de ser submetido a novo júri popular, com base no art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPPB.

O apelante postulou pelo reconhecimento da prescrição do crime de ocultação de cadáver, capitulado no art. 211 do CPB, pois entre a pronúncia, ocorrida em 17 de julho de 2002, e o seu segundo julgamento, que se deu em 20 de maio de 2010, passaram-se quase oito anos, restando, assim, extinta a punibilidade, ex vi do art. 107, IV, do CPB.

Aduziu, também, ser impossível a aplicação do instituto da reparação civil introduzido pela Lei nº 11.719/08 ao crime em apreço, pois o caráter material da norma impediria a sua utilização em processos em curso quando da entrada em vigor da Lei, impondo, portanto, a reforma do decisum no que tange a condenação por danos morais e materiais.

O recorrente alegou, subsidiariamente, que a dosimetria da pena não obedeceu aos ditames legais, visto que as qualificadoras do crime capitulado no art. 121, § 2º, incisos I e IV do CPB foram novamente consideradas pelo magistrado quando da valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB. Afirmou que existiu bis in idem ainda quanto aos seus antecedentes criminais, os quais foram valorados pelo magistrado também na apreciação da sua conduta social, sendo, portanto, forçosa a correção do julgado, a fim de ser fixada a pena no mínimo legal.

Baseado nas razões acima relatadas, requereu a reforma parcial da sentença, ex vi do art. 593, inciso III, “b” e “c” do CPPB.

Em contra-razões, o parquet pugnou pelo parcial provimento dos recursos, reconhecendo-se a prescrição do crime de ocultação de cadáver, mas mantendo-se o restante da decisão do conselho de sentença.

Nesta superior instância, o custos legis se manifestou pelo conhecimento e parcial provimento dos recursos de apelação interpostos, pugnando pela extinção da punibilidade dos apelantes quanto ao crime de ocultação de cadáver, em face da ocorrência da prescrição retroativa e, também, pela exclusão da condenação à reparação de danos morais e materiais imposta aos réus, mantendo-se, entretanto, in totum a decisão dos jurados e os demais termos da sentença do juiz-presidente.

É o relatório.

**VOTO**

Antes de adentrar no mérito da presente demanda, é curial que seja feita uma breve síntese dos fatos narrados na exordial.

Consta da denúncia que no dia 16/05/2002, a senhora Maria Aparecida Lemos de Oliveira compareceu à Delegacia de Policia de Santarém dando conta do desaparecimento de seu irmão, Jonathas Lemos de Oliveira, o qual trabalhava como mototaxista naquela comarca. Iniciadas as investigações, a polícia chegou à prisão de Waldemir Araújo dos Santos que, inclusive, se encontrava na posse da motocicleta de propriedade da vítima.

Após o tombamento do inquérito policial, o indiciado acabou confessando a prática do delito, revelando em seu interrogatório detalhes da empreitada criminosa, a qual teria como mandante PAULO PIMENTEL DE OLIVEIRA e como intermediário ARGEMIRO DE OLIVEIRA GOMES que, juntos, teriam tramado não apenas a morte da vítima, como também a ocultação do cadáver, a fim de se furtarem à aplicação da lei penal.

Concluído o inquérito policial, os apelantes foram denunciados pelos crimes tipificados no art. 121, § 2°, inc. I e IV, combinado com o art. 211 do CPB, todos cometidos em concurso material de agentes.

É a suma dos fatos. Passo agora a análise dos recursos, esclarecendo que, como eles foram interpostos em petições distinas, irei enfrentá-los separadamente, visando facilitar a análise dessa Colenda Câmara acerca dos argumentos suscitados pelos recorrentes.

APELAÇÃO DE ARGEMIRO DE OLIVEIRA GOMES

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto, explicando desde já que, ao contrário do que foi afirmado pelo parquet, o apelante não aduziu preliminares, eis que as alegações suscitadas por ele estão entre aquelas matérias de mérito relacionadas no artigo 593, inciso III, alienas “a”, “b”, “c” e “d” do CPPB.

DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES A PRONÚNCIA - ART. 593, INCISO III, ALÍNEA “A” DO CPPB.

O recorrente Argemiro de Oliveira Gomes alegou a existência de nulidade processual pela violação aos princípios do contraditório, da ampla e plena defesa e do devido processo legal, esculpidos no artigo 5º, incisos XXXVIII, “a”, LIV e LV da CR/88, bem como pela ofensa ao artigo 261 do CPPB e à Súmula 708 do STF, pois o acórdão n.º 51.860/2004, que julgou o recurso em sentido estrito interposto contra a decisão de pronúncia, foi publicado em 31 de março de 2004, data em que, supostamente, o apelante se encontrava sem advogado constituído, acarretando, com isso, odioso cerceamento de defesa, já que não pôde, a época, buscar nova análise da matéria junto aos Tribunais Superiores.

Baseado nesses fundamentos, o apelante pugnou pela declaração de nulidade absoluta dos atos processuais posteriores a pronúncia, ex vi do art. 593, inciso III, alínea “a”, do CPPB, com a consequente republicação do referido acórdão e a reabertura do prazo recursal.

In casu, sabe-se que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (art. 261, do CPPB). Assim, uma vez formalizado o pedido de renúncia do advogado, deve o réu ser intimado para que constitua novo patrono e, não sendo possível, que lhe seja indicado defensor público. Isto porque, o novo modelo constitucional elevou os princípios da plenitude de defesa e do contraditório à verdadeiras garantias fundamentais asseguradas a todos os acusados em processo penal, não se admitindo que ninguém seja condenado sem defesa técnica, por mais culpado que seja. Resta avaliar, portanto, se assim se procedeu no caso concreto.

Desta forma é que, após detida análise dos autos, constato que em 25/06/03 os advogados renunciaram ao patrocínio da causa e informaram ao réu a sua intenção, por meio de carta registrada a ele endereçada, cujo AR devidamente assinado está presente a fl. 514 dos autos.

Todavia, muito embora os causídicos tivessem comunicado ao magistrado que permaneceriam na causa por apenas 10 (dez) dias, conforme determina o art. 5º, § 3º do estatuto da OAB, o magistrado não provocou o réu para que constituísse novo advogado, tendo a juíza Andréa Miralha Vasquez nomeado defensor público para patrocinar a sua defesa somente em 18/01/05 (fl. 673-V), quase um ano após o julgamento do recurso em sentido estrito, que se deu em 16/03/04 (fl. 714), com a publicação de acórdão em 31/03/04 (fl. 715), ocasião em que o recorrente estava, efetivamente, sem advogado habilitado, fato que o impediu, por obvio, de recorrer às instâncias superiores, contra a decisão confirmatória da pronúncia de minha relatoria.

Ressalte-se que os advogados poderiam ter comunicado o “abandono” da causa nos autos do recurso em sentido estrito. Contudo, ao invés de agir assim, preferiram cientificar somente à magistrada que permaneceu com os autos originais para realizar o júri do corréu, induzindo, com isso, este colegiado a erro, o que

acabou culminando com o indeferimento do pedido de devolução de prazo, por parte da saudosa presidente desta Colenda Câmara, Desa. Rosa Maria Portugal Gueiros (fl. 783).

In casu, entendo que não obstante as omissões da defesa, a culpa pela falha não pode ser imputada ao apelante que na época estava preso e nada poderia fazer para solucionar o problema, a não ser aguardar boa vontade da magistrada de 1º grau em nomear-lhe defensor.

Assim, patente é a existência de nulidade absoluta pela violação do art. 5º, incisos XXXVIII, "a", LIV e LV da CR/88, bem como pela ofensa ao art. 261 do CPPB, sem falar na Súmula 708 do Egrégio STF, que se aplica mutatis mutandis ao presente caso ao estabelecer que: "é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro".

Sobre a aplicação da citada súmula também aos recursos em sentido estrito, vejamos o magistério da jurisprudência pátria:

> "APELAÇÃO – JÚRI – NULIDADES – AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES DO ARTIGO 406 - PRONÚNCIA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE PROCESSAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - DEFENSOR DATIVO RENUNCIANTE - DESEJO DO RÉU DE RECORRER. NULIDADE ABSOLUTA - SÚMULA 708 STF - ARTIGO 261, PARÁGRAFO ÚNICO E 564, III, LETRA "C" DO CPP [...] Absoluta a nulidade do processo a partir do despacho do juiz que entendeu em não processar o recurso em sentido estrito interposto, pessoalmente, pelos réus, ante a recusa do defensor dativo que já havia renunciado o encargo. A nomeação de defensor ao réu, desprovido de condições não pode ser meramente formal. O prosseguimento no processo, após a renúncia por razões de foro íntimo, torna inexistente a defesa, recusar-se o defensor a apresentar razões, configurando a nulidade. Imprescindível a intimação do réu, a fim de tomar ciência da recusa do defensor em apresentar razões, para que constitua defensor e, se não puder, nomeado defensor público para cumprir com a garantia do artigo 5º, XXXVIII, letra "a" cf. Súmula 708 STF - artigo 564, III, letra "c" CPP. Estende-se ao co-réu não apelante a nulidade. Provido para declarar a nulidade do processo desde o despacho que negou seguimento ao RSE. (TJ/SC Número do processo: 70010345320 Comarca: Arvorezinha Data de Julgamento: 03-03-2005 Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos)"

Ademais, as alegações formuladas pelo parquet em contra-razões, afirmando que a matéria já estaria preclusa não merecem prosperar, pois é cediço que, havendo violação direta de preceito constitucional, a nulidade passa a ser absoluta e, assim sendo, jamais preclui, podendo, inclusive, ser reconhecida em qualquer grau de jurisdição, já que nestes casos, o prejuízo ao réu é presumido, uma vez que sempre ocorre[1].

A propósito, vejamos os ensinamentos da doutrina:

"[...] Nulidade absoluta: nesse caso, a formalidade violada não está estabelecida simplesmente em lei, havendo ofensa direta ao Texto Constitucional, mais precisamente aos princípios constitucionais do devido processo legal (ampla defesa, contraditório, publicidade, motivação das decisões judiciais, juiz natural e etc.) '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' (Grinover, Scarance e Magalhães, as nulidades no processo penal, cit., p. 21).

---

[1] Consta certidão de fl. 961 do processo atestando que a defesa protestou em plenário pelo adiamento do júri, em virtude do vício apontado.

As exigências são estabelecidas muito mais no interesse da ordem pública do que propriamente no das partes, e, por esta razão, o prejuízo é presumido e sempre ocorre.

A nulidade absoluta também prescinde de alegação por parte dos litigantes e jamais preclui, podendo ser reconhecida ex officio pelo juiz, em qualquer fase do processo. São nulidades insanáveis, que jamais precluem. A única exceção é a Súmula 160 do STF, que proíbe o Tribunal de reconhecer ex officio nulidades, absolutas ou relativas, em prejuízo do réu [...]”[2]

A respeito do tema, as Cortes Superiores tem se manifestado pela declaração de nulidade absoluta do processo. Vejamos:

> “HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. RENÚNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO PELOS PACIENTES ANTES DO OFERECIMENTO DAS RAZÕES DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS RÉUS PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO PATRONO. NULIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Consoante orientação desta Corte Superior de Justiça, renunciando o advogado constituído antes de oferecer as razões de recurso, deve-se intimar o réu para que nomeie novo patrono, sob pena de nulidade, por cerceamento de defesa. Permanecendo inerte o acusado, proceder-se-á à nomeação da Defensoria Pública. 2. A teor do enunciado n.º 708 da Súmula do Pretório Excelso, "É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro." 3. Ordem concedida, a fim de anular o julgamento da apelação criminal n.º 1999.01.00.098060-6/BA e todos os atos processuais subsequentes, tão-somente com relação aos ora Pacientes, assegurando-lhes o direito de serem intimados para constituir novo advogado para apresentar as razões da apelação e, caso não o façam, sejam encaminhados os autos à Defensoria Pública para oferecê-las. (HC 156.624/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)”

> “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 333, DO CP. CERCEAMENTO DE DEFESA. RENÚNCIA DO DEFENSOR. FALTA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONSTITUIR NOVO CAUSÍDICO. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO OU DATIVO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FLAGRANTE PREPARADO. PEDIDOS PREJUDICADOS. I – Se o defensor do paciente renuncia ao mandato que lhe foi outorgado, cabe ao juiz determinar a intimação do acusado para constituir outro advogado ou, caso não encontrado, deve ser intimado via edital e, após, na falta de manifestação do réu, deve indicar defensor público ou dativo (Precedentes). II - Acolhido o pleito de cerceamento de defesa, com a conseqüente anulação do julgamento, restam prejudicados, por ora, os demais pedidos. Writ parcialmente conhecido e, nesta parte, concedido. (HC 47965/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 27/03/2006, p. 312)”

Ora, é lamentável que se anule o júri por uma falha como esta, mas não posso compactuar com a injustiça de um julgamento em que o réu não pôde se valer de advogado constituído, em um grosseiro caso de cerceamento de defesa, com violação aos princípios constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório. Ademais, ainda que se ignorasse equivocadamente tal vício, ele certamente não passaria em branco pelas Cortes Superiores, que de certo teriam que invalidar muito mais atos processuais do que os que serão anulados por força da presente decisão, visto que o processo, neste caso, já estaria em fase muito mais avançada.

---

[2] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 683/684.

Dessa forma, não há outra medida a ser tomada a não ser anular o processo somente quanto ao apelante Argemiro De Oliveira Gomes, desde o julgamento do recurso em sentido estrito, de modo que o apelante possa designar advogado para realizar sustentação oral durante a sessão de julgamento e, sentindo-se inconformado, oferecer os recursos cabíveis contra esta decisão aos Tribunais Superiores.

Em razão desta decisão, deve a secretaria da 2ª Câmara Criminal Isolada realizar o desentranhamento do recurso em sentido estrito, com a consequente renumeração dos autos principais, para que se dê prosseguimento ao seu novo julgamento, tudo ex vi do art. 583, parágrafo único do CPPB.

Deixo de apreciar as demais alegações do recurso, pois com o acolhimento do primeiro fundamento do apelo, fica prejudicada a matéria. Submeto esta decisão à análise desta Colenda Corte de Justiça.

APELAÇÃO DE PAULO PIMENTEL DE OLIVEIRA

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto, explicando desde já que, ao contrário do que foi afirmado pelo parquet, o apelante não aduziu preliminares, eis que as alegações suscitadas por ele estão entre aquelas matérias de mérito relacionadas no artigo 593, inciso III, alienas “a”, “b”, “c” e “d” do CPPB.

DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES A PRONÚNCIA - ART. 593, INCISO III, ALÍNEA “A” DO CPPB.

O apelante PAULO PIMENTEL DE OLIVEIRA alegou a existência de nulidade pela ofensa aos art. 461 e 564, inciso III, “h” do CPPB, pois não teriam sido intimadas duas testemunhas arroladas em caráter de imprescindibilidade pela defesa, inviabilizando a produção desta prova em plenário e violando, com isso, os princípios da plenitude da defesa e do devido processo legal, já que até mesmo o requerimento de substituição das testemunhas faltantes foi indeferido pelo juiz – presidente durante o júri.

O recorrente destacou ainda que houve cerceamento de defesa pela retirada do plenário do júri de um dos seus advogados, em razão dele ter atuado também na defesa do corréu Waldemir Araújo dos Santos, provocando, com isso, enorme prejuízo à defesa, a qual se viu desfalcada de um dos causídicos de maior conhecimento dos fatos apurados.

Analisando as alegações aduzidas pelo apelante constato que as testemunhas de defesa faltantes eram Ubirajara Ribeiro Sousa e Raimundo Ferreira de Sousa, as quais não foram intimadas pelo meirinho João Bianor Lages Freitas, por que não foram encontradas no local indicado pela defesa, estando em logradouro incerto, sem endereço e domicílio fixo.

Com efeito, a certidão presente à folha 884 dos autos dá conta de que o oficial de justiça se dirigiu aos endereços constantes dos mandados e deixou de intimar a testemunha Ubirajara Ribeiro Sousa em razão dela não residir mais naquele logradouro, mas sim em Manaus/AM há mais de 03 (três) anos. O mesmo se sucedeu com relação à testemunha Raimundo Ferreira de Sousa que não morava mais naquele endereço, pois havia se mudado para comunidade desconhecida no interior do município.

Ora, nestes casos a lei processual penal é clara quando afirma que o julgamento será realizado mesmo na hipótese da testemunha não ser encontrada no local indicado, caso assim seja certificado pelo meirinho.

Eis o que dispõe o § 2º do artigo 461 do CPPB.

> "Art. 461. O julgamento não será adiado se a testemunha deixar de comparecer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, na oportunidade de que trata o art. 422 deste Código, declarando não prescindir do depoimento e indicando a sua localização.
>
> § 1º Se, intimada, a testemunha não comparecer, o juiz presidente suspenderá os trabalhos e mandará conduzi-la ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução.
>
> § 2º O julgamento será realizado mesmo na hipótese de a testemunha não ser encontrada no local indicado, se assim for certificado por oficial de justiça. "

Isto porque se sabe que a cláusula de imprescindibilidade da testemunha só vigora quando ela reside no endereço fornecido pela parte, pois estando em local incerto, padece de razão o pedido de adiamento do julgamento. Aliás, assim vem decidindo a jurisprudência:

> "APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRELIMINAR DE NULIDADE DO JÚRI POR AUSÊNCIA DA OITIVA DE TESTEMUNHA DE DEFESA ARROLADA EM CARÁTER DE IMPRESCINDIBILIDADE – REJEITADA [...] RECURSO NÃO CONHECIDO. Preliminar de nulidade do júri por ausência de oitiva de testemunha arroalada em caráter de imprescindibilidade. 1. A cláusula de imprescindibilidade da testemunha só vigora quando a testemunha reside no endereço fornecido pela parte. Em casos onde a testemunha já não mora mais no local indicado e encontra-se em lugar incerto e não sabido, não há razão para adiamento do julgamento do processo. 2. In casu, o pleito formulado para a oitiva de testemunha fora indeferido pelo magistrado monocrático, vez que apesar da imprescindibilidade e das diligências efetuadas, aquela não foi encontrada no local indicado pela defesa. [...] (Apelação Criminal n.º 48079000559, 2ª Câmara Criminal do TJ/ES, Rel. José Luiz Barreto Vivas, Rel. Substituto Têlemaco Antunes de Abreu Filho. j. 09.07.2008, unânime. Publ. 12.09.2008)."

Ademais, a defesa não apontou os fundamentos levados em conta na hora de arrolar as testemunhas como imprescindíveis ao deslinde da causa, não sendo possível aferir onde reside o prejuízo pela não oitiva. In casu, é cediço que, em se tratando de processo penal, só se declara nulidade quando for evidente, de modo objetivo, o efetivo prejuízo para o réu. Trata-se, em verdade, da aplicação do princípio básico da pas de nullité sans grief, previsto no artigo 563 do CPPB[3].

Vejamos o que dispõe a jurisprudência do Egrégio STJ:

> "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, II, C/C ART. 14, II, NA FORMA DO ART. 73, §1ª PARTE, TODOS DO CP. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ADIAMENTO DO JULGAMENTO. DISPENSA DE TESTEMUNHAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. Não se verificam as nulidade processuais alegadas pelo impetrante - que teriam sido causadas pelo indeferimento do pedido de adiamento do julgamento e pela dispensa de testemunhas - se não houve a demonstração do efetivo prejuízo sofrido pelo paciente, como exige o art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). Ordem denegada. (HC

[3] Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se dá nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

> 61.432/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 02/02/2009)"
>
> "HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. CRIME CONTINUADO. FIXAÇÃO DA PENA. CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE. NULIDADE. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A alegação de nulidade pelo não-comparecimento de testemunha da defesa na sessão de julgamento deve vir acompanhada de prova do prejuízo causado ao paciente. Princípio do pas de nullité sans grief (art. 563 do CPP). [...] 3. Ordem denegada. (HC 44.761/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 247)"

Também não merece prosperar a alegação de nulidade pela retirada de um dos advogados do plenário do júri, pois tal patrono havia atuado na defesa do corréu Waldemir Araújo dos Santos, o qual em diversas vezes acusou o ora apelante como mandante do delito em apreço.

Desta forma, patente era o eventual conflito entre teses defensivas capaz de trazer nulidade ao processo, tendo agido bem o magistrado ao proibir qualquer manifestação em plenário do causídico do réu, que em nenhum momento, frise-se, ficou desassistido de advogado.

É importante esclarecer, também, que o juiz-presidente apenas deferiu pedido do parquet para que não se permitisse manifestação do defensor em plenário, sendo que a sua retirada se deu por livre e espontânea vontade, conforme se infere pela simples leitura da ata do júri (fl. 935).

Assim, considerando que o recorrente em nenhum momento ficou sem defesa técnica, desenvolvida por profissional habilitado, não há que se falar, mais uma vez, em nulidade, pela clara ausência de prejuízo ao réu. Essa é a inteligência da súmula nº 523 do Egrégio STF:

> "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

Logo, entendo que não há que se falar na existência de qualquer nulidade posterior a decisão de pronúncia, eis que inexistiu cerceamento de defesa ou violação aos artigos 461 e 564, III, "h" do CPPB, bem como aos princípios da plenitude de defesa e do devido processo legal.

DA DECISÃO CONTRÁRIA AS PROVAS DOS AUTOS - ART. 593, INCISO III, ALÍNEA "D" DO CPPB.

O apelante aduziu, ainda, que a decisão dos jurados foi contrária às provas dos autos, pois inexistiria qualquer elemento probatório capaz de apontar a sua co-autoria no delito, a não ser o depoimento isolado do corréu Waldemir Araújo dos Santos, o qual foi colhido durante o inquérito policial mediante tortura e, por isso, não foi corroborado em juízo, quando estavam presentes as garantias da plenitude de defesa e do contraditório.

Primeiramente cumpre rememorar a Corte que a Magna Carta consagrou no art. 5°, inciso XXXVIII, "c" o Princípio da Soberania dos Veredictos segundo o qual é facultado aos jurados escolher a versão que lhes parecer mais convincente com as provas dos autos, sem que a sua decisão possa ser arbitrariamente reformada pelo Juízo "ad quem".

Todavia, não se pode olvidar que tal preceito tem amplitude relativa, pois não exclui a recorribilidade das sentenças, tão somente limita a sua esfera recursal ao Juízo rescindente, ou seja, a anulação da decisão e a conseqüente devolução dos autos para novo julgamento em plenário, quando o decisum for manifestamente contrário às provas dos autos.

Pois bem. Analisando os argumentos acima expostos, constato que decisão dos jurados está em perfeita consonância com os elementos de convicção presentes no processo, não merecendo prosperar a alegação de que não existiriam provas capazes de apontar o recorrente como mandante do crime.

Com efeito, durante o seu interrogatório na polícia, o corréu Waldemir Araujo dos Santos efetivamente narrou com riqueza de detalhes toda a empreitada criminosa, delatando o recorrente, vulgarmente conhecido como "Paulo Boca Larga", como sendo a pessoa que lhe encomendou a morte do ofendido, mediante promessa de pagamento:

> "[...] Que em seguida o depoente respondeu qual seria o negócio, que Argemiro continuou dizendo, textuais "É PRA DA SUMIÇO NUM", em ato contínuo o depoente indagou quem seria a pessoa, novamente ARGEMIRO, falou, textuais, "TU NÃO CONHECE MAIS TEM UMA PESSOA QUE VAI TE APONTAR", o depoente, perguntou que pessoa era essa, tendo "ARGEMIRO" respondido que tratava-se de "NILSON", pessoa esta mandada pelo cidadão conhecido por "PAULO BOCA LARGA" [...] Que o depoente soube através de "NILSON" que o senhor conhecido por "PAULO BOCA LARGA" é empresário, proprietário de uma empresa de ônibus [...]" (sic) (fls.144/147).

Muito embora o executor do delito, Waldemir dos Santos, tenha dado diversas versões sobre os fatos ao longo do processo, durante a reconstituição do crime, ele voltou a acusar o recorrente. Vejamos:

"[...] Que nesse momento Nilson portava 01 (uma) arma de fogo, tipo revólver em direção aos dois, mandando o declarante fazer o serviço, foi quando Waldemir se sentindo coagido pela arma de fogo, tirou a arma (faca) que estava em sua cintura e o mototaxista desceu da moto [...] nesse momento Waldemir argumentou que seu trabalho seria somente levar a vítima ao local por R$ 500,00, mas Nilson apontava o revolver para Jonathas e perguntava "porque ele fez aquilo com o cara", segundo o declarante "o cara", se tratava de "Paulo Boca Larga" [...]" (sic) (fls. 335/336).

Malgrado o esforço da defesa, não se sustentam as alegações de que o corréu teria sido torturado para confessar o crime, pois logo após o seu interrogatório, foi ele submetido a exame de corpo de delito (fl. 296), tendo os peritos confirmado apenas a existência de um corte em uma de suas mãos, natural em meliantes que cometem crimes com faca, não tendo, contudo, constado a presença de hematomas ou marcas das supostas agressões físicas que afirma terem sido por ele sofridas.

Ademais, o interrogatório do corréu e as demais provas obtidas durante o inquérito policial foram corroboradas por outros depoimentos prestados em juízo, quando estavam presentes, portanto, as garantias da plenitude de defesa e do contraditório, não procedendo a versão de que o conjunto probatório seria frágil e baseado unicamente no interrogatório isolado do corréu.

De fato, vejamos os depoimentos do investigador Arlem Marcelo Maciel dos Santos e do delegado Jardel Luis Castro Guimarães, respectivamente, afirmado

que o executor do crime delatou espontaneamente o apelante durante o seu interrogatório na esfera policial.

"[...] Que la na delegacia Neguinho começou a citar nomes; Que tais nomes foram citados pelo próprio Neguinho não sendo sugerido por ninguém; Que ninguém sugeriu qualquer nome nem imprensa ou qualquer policial; Que Neguinho em nenhum momento foi espancado ou agredido; Que acredita que o delegado tenha encaminhado Neguinho para fazer o exame de lesão corporal, pois este estava com um corte em uma das mãos, talvez decorrente pela luta corporal da vítima, motivo pelo qual foi levado para o IML; Que o depoente reitera que Neguinho não foi espancado; Que ninguém sugeriu nomes para este confessar [...]" (sic) (fl. 287).

"[...] QUE a época dos fatos "Neguinho" apontou os co-réus Paulo e Argemiro como mandantes do assassinato da vítima; QUE se lembra também que "Neguinho" apontou uma pessoa, cuja identidade não foi esclarecida a época, como sendo ajudante no momento do assassinato da vítima [...] QUE foi o presidente do inquérito policial que apurou inicialmente o presente caso; QUE foi para a sua pessoa que "Neguinho", quando interrogado, delatou os co-réus Paulo e Argemiro [...] QUE referido promotor também acompanhou o interrogatório de "Neguinho" quando este delatou os co-réus Paulo e Argemiro" (sic) (fls. 899/900).

Ora, não foram só os policiais que participaram da prisão de Waldemir dos Santos que disseram não ter sido ele torturado, a testemunha Josenildo Mendonça Soares, presa por engano pela polícia, também disse que ele confessou voluntariamente o homicídio, entregando o nome dos seus comparsas aos policiais civis, bem como a imprensa que se encontrava na Delegacia da Comarca, fazendo reportagens sobre o crime.

"[...] Que foi entrevistado pelo repórter coruja e entrevistava Waldemir ao seu lado; Que Waldemir não chegou a lhe acusar; Que pelo que ouviu Waldemir só falava em Paulo; Que confirma o diálogo lido pelo advogado as fls. 223 e 224, ocorrido na delegacia. [...]" (sic) (fl. 390).

"[...] Que foi entrevistado por coruja; Que entrevistava o réu ao seu lado; Que confirma que o réu não chegou a lhe acusar tanto que pelo que ouviu o réu só falava em Paulo [...] Que nenhum policial ameaçou lhe agredir; Que não recebeu nenhum tapa ou murro de policiais; Que não viu o réu ter sido agredido por algum policial pois como já disse quando chegou no local o réu já estava preso; Que não chegou ao seu conhecimento do denunciado ser agredido [...]" (sic) (fl. 660).

Com efeito, vejamos o trecho da entrevista a que se refere a testemunha acima citada, o qual foi descrito no laudo pericial de fls. 789/795 dos autos:

> " I2 - Valdemir Araujo dos Santos.
>
> I1 - Moras aonde?
>
> I2 - No bairro jardim Santarém.
>
> I1 – Jardim Santarém. Cadê o rapaz?
>
> I2 - O rapaz (...), o Paulo enterrou ele.
>
> I1 - Não, eu quero saber quem matou o rapaz?
>
> I2 - Rapaz foi o Paulo só que eu ajudei também né? [...]"

No caso, o motivo do crime também foi suficientemente esclarecido. Segundo o depoente Helber Charles de Oliveira Cruz existiria uma rixa entre Paulo Pimentel e a vítima, a qual não derivava somente da guerra que havia na comarca entre os donos de empresas de ônibus e os mototaxistas, mas também porque o ofendido havia servido de testemunha em um acidente de trânsito envolvendo o apelante e outro mototaxista conhecido como "caveirinha", cujo Boletim de Ocorrência se encontra nos autos (fl. 821).

"[...] Que conheceu a vitima JONATAS LEMOS DE OLIVEIRA, vulgo "Gaucho" [...] Que, há nove meses aproximadamente um colega do declarante e da vítima, conhecido por Lailson, vulgo "Caverinha", encontrava-se conduzindo uma motocicleta pela Av. Moacara e quando no cruzamento com a Av. Cuiaba, foi atropelado pelo senhor conhecido por "Paulo Boca Larga" (...) Que, "Gaucho" serviu de testemunha deste acidente; Que, perguntado ao declarante se tem conhecimento se "Gaucho" teve algum tipo de atrito com o senhor "Paulo Boca Larga" em decorrência de ter servido de testemunha nesse acidente. Respondeu o declarante que soube por terceiros que "Paulo Boca Larga" havia ido ao referido posto, e discutido com "Gaucho", ocasião em que este jogou um copo com água naquele; Que, "Paulo Boca Larga" então falou, textuais "TU VAI TE ARREPENDER POR ISSO, VAI PAGAR CARO" [...]" (sic) (fl.212)

"[...] Que reconhece como sua assinatura de fls. 212 e confirma integralmente o depoimento ali consignado, o qual foi lido neste ato pelo MP [...] Que foi a pessoa conhecida como "painho", quem também trabalhava com a vitima no posto de gasolina, que contou para o depoente que a vitima havia jogado um copo de água do rosto do réu Paulo [...]" (sic) (fls. 907/910).

Logo, entendo que a decisão dos jurados não se encontra dissociada do conjunto probatório dos autos, pois o conselho de sentença optou por uma das vertentes de prova existentes para a autoria do crime, não havendo porque se falar em anulação do julgamento com base no artigo 593, inciso III, alínea "d" do Código de Processo Penal.

Isto porque decisões contrárias às provas dos autos são aquelas em que os jurados, equivocadamente, adotam versão que é absolutamente incompatível com os elementos de convicção apurados no decorrer da instrução criminal, o que de fato não ocorreu no caso em apreço.

> "CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO DE NOVO JULGAMENTO. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS VERSÕES A RESPEITO DO CRIME [...]. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada da prova existente no processo. Precedentes. [...] Recurso parcialmente provido. (REsp 1209829/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)"

DA INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO DA REPARAÇÃO CIVIL INTRODUZIDO PELA LEI nº 11.719/08 AO CRIME EM ANÁLISE – ART. 593, INCISO III "B" E "C" DO CPPB.

Aduziu o apelante ser impossível a aplicação do instituto da reparação civil introduzido pela Lei nº 11.719/08 ao crime em apreço, pois o caráter material da norma impediria a sua utilização em processos em curso quando da entrada em

vigor da Lei, impondo, portanto, a reforma do decisum no que tange a condenação por danos morais e materiais.

Com efeito, em verdade a supra citada lei introduziu nova modalidade de sansão, permitindo ao magistrado fixar um valor mínimo a título de reparação civil, em razão dos danos causados pela infração penal à vítima e aos seus familiares. Todavia, para aplicar a sanção reparatória é fundamental que o magistrado se atenha ao disposto no artigo 5º XL[4] da Constituição da República, que estabeleceu um dos mais comezinhos princípios da ciência penal, que é o da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

In casu, não observou o magistrado que a infração foi cometida em 16 de maio de 2002 e que a Lei nº 11.719/08 não poderia abarcar delitos consumados antes da sua entrada em vigor. Isto porque, muito embora a mencionada norma seja, em sua maioria, de caráter processual, o dispositivo que introduziu o inciso IV no art. 387 do CPPB tem nítida natureza substantiva, pois cria verdadeira sanção penal, conforme, de resto, vem sendo decidido pelos Tribunais de Justiça do país. Senão vejamos:

> "REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. ALMEJADO AFASTAMENTO DA SANÇÃO CIVIL FIXADA NA SENTENÇA. ART. 387, INC. IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE CUNHO MATERIAL. FATOS OCORRIDOS ANTES DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 11.719/08 QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI DESFAVORÁVEL AO RÉU. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INC. XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PEDIDO ACOLHIDO. A alteração legislativa do inc. IV do art. 387, embora constante no Ordenamento Processual Penal, possui cunho eminentemente material, portanto, não poderá retroagir aos fatos anteriores à sua vigência; e, independentemente de posicionamento diverso quanto à natureza da norma, a fixação de valor mínimo à título de reparação dos danos causados pela infração, somente poderá ser estabelecida caso haja um pedido formal da parte ofendida, por intermédio de seu Assistente ou do Ministério Público, oportunizando ao acusado todos os meios de defesa constitucionalmente assegurados, tais como o contraditório e a ampla defesa, respeitando, assim, as diretrizes do devido processo legal, imanente a todo sistema processual Brasileiro. (TJ/SC, Apelação Criminal n. 2008.081163-4, de Presidente Getúlio. Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko. Julgada em 10.3.2009)"
>
> "EMENTA: [...] ALTERAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI 11.719/08. NORMA DE DIREITO MATERIAL. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 3. Incabível a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos à vítima prevista na nova redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.719/08, pois se trata de norma direito penal, inaplicável aos crimes perpetrados antes de sua vigência cujo processo esteja em andamento. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ/RN, Apelação Criminal: ACR 96321 RN 2009.009632-1, Relator: Desembargador Armando da Costa Ferreira, Câmara Criminal, Julgado em 26/02/2010 e publicado no DJ de 03/03/2010."

Ademais, não poderia o magistrado reconhecer o direito a reparação civil sem que houvesse requerimento expresso nesse sentido, em regra, formulado no momento da apresentação da inicial acusatória, pois a condenação ao ressarcimento pelos danos materiais e morais não seria um efeito automático do

---

[4] Art. 5º [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

édito condenatório, podendo resultar em verdadeiro julgamento extra petita, caso seja fixado de ofício pelo juiz em sua sentença.

A propósito, vejamos o magistério da doutrina pátria.

> "[...] A Lei nº 11.719/08 contempla a fixação do valor mínimo da indenização a ser estabelecido na sentença condenatória, considerando-se os danos sofridos pelo ofendido (art. 387, inc. IV, CPP), de sorte que o quanto indenizatório já estaria certificado, bastando que o legitimado execute o título, que neste ponto é líquido, na esfera cível (art. 63, parágrafo único, CPP). O que se percebe, neste mister, é uma tentativa de adoção do sistema da confusão, onde a pretensão condenatória e indenizatória estariam veiculadas na mesma demanda. Até porque, não acreditamos que o magistrado possa reconhecer o pleito indenizatório sem que tenha havido requerimento nesse sentido. Não funcionaria como um efeito automático da sentença condenatória, que até então apenas tornava certa a obrigação de indenizar. O magistrado não pode julgar extra petita, de sorte que só estabelecerá o valor da indenização se tal requerimento lhe foi apresentado, em regra, com a apresentação da inicial acusatória. [...]"5

Ora, ao fixar ao seu bel prazer a verba remuneratória devida ao ofendido, agiu o magistrado em afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que não oportunizou às partes o direito de produzir eventuais provas que possam influenciar a convicção do julgador.

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - TRIBUNAL DO JÚRI - CONDENAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL - INADMISSIBILIDADE - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS À FAMÍLIA DA VÍTIMA - AFASTAMENTO - POSSIBILIDADE. 1- Inexiste exacerbação da pena se o juízo a quo maneja adequadamente o sistema trifásico sopesando as circunstâncias judiciais, atento às diretrizes do art. 59, do Código Penal. 2- O Juiz criminal, para aplicar a regra do inciso IV do art. 387, do Código de Processo Penal, precisa fazer valer as garantias primordiais elencadas na Carta Magna, respeitando o devido processo legal, bem como os direitos fundamentais da pessoa humana. 3- Apelo provido parcialmente. (TJ/AC- Apelação Criminal 1707 AC 2009.001707-1. Relator Des. Feliciano Vasconcelos. Julgamento: 28/01/2010.)"
>
> "APELAÇÃO CRIMINAL. [...] REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. ART. 387, IV CPP. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. [...] A fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração também deve observar os princípios do contraditório e ampla defesa, revelando-se imperiosa sua exclusão quando não foi oportunizado ao recorrente o direito de produzir eventuais provas que pudessem interferir na convicção do julgador no momento da fixação [...] (TJ/MG – Ap. Crim. 1.0720.05.021238-3/001 Rel. Des. Renato Martins Jacob – Publicação em 03/08/2009)"

Desta forma, entendo que merece ser reformada a sentença guerreada, a fim de ser excluída a indigitada indenização por danos morais e materiais imposta ao recorrente na sentença do juiz-presidente.

DA PRESCRIÇÃO DO CRIME DE OCULTAÇÃO DE CADAVER - ART. 593, INCISO III "B" E "C" DO CPPB.

O apelante postulou pelo reconhecimento da prescrição do crime de ocultação de cadáver, capitulado no art. 211 do CPB, pois entre a pronúncia,

---

[5] TÁVORA, Nestor & ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 182.

ocorrida em 17 de julho de 2002, e o seu segundo julgamento, que se deu em 20 de maio de 2010, passaram-se quase oito anos, restando, assim, extinta a punibilidade, ex vi do art. 107, IV, do CPB.

É sabido que a prescrição retroativa é aquela contada da publicação da sentença condenatória para trás, sendo calculada pela pena concretamente aplicada pelo magistrado no édito condenatório e não com base no máximo fixado abstratamente no tipo penal, sempre que ocorrer o trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido o seu recurso.

É mister esclarecer, também, que na hipótese de concurso de crimes, como no caso em apreço, em que o homicídio foi cometido juntamente com a ocultação de cadáver, a perda da pretensão punitiva incidirá sobre a pena de cada um dos delitos, ex vi do artigo 119 do CPB[6]. Assim, ainda que o recorrente tenha sido condenado a mais de 20 (vinte) anos de reclusão, há que se considerar a reprimenda do crime de ocultação de cadáver isoladamente para o cômputo da prescrição retroativa.

Analisando detidamente os autos, verifico que o recorrente foi condenado a pena definitiva de 02 (dois) anos de detenção pelo delito de ocultação de cadáver e que o prazo prescricional para o crime é de 04 (quatro) anos, segundo o artigo 109, inciso V, do CPB[7]. Verifico também que, entre a decisão confirmatória da pronúncia, ocorrida em 31/03/04 (fl. 715), e a data do édito condenatório, publicado em 21/05/10, (fl. 945), decorreu um lapso temporal de mais de (06) seis anos, estando, portanto, prescrito o crime, com fulcro no disposto no artigo 110, § 1º do Código Penal.[8]

No caso, por questão de justiça e equidade a decisão que declara a extinção da punibilidade pela ocorrência do fenômeno da prescrição retroativa deve estender-se ao corréu ARGEMIRO DE OLIVEIRA GOMES, muito embora não tenha ele formulado pedido expresso em sua apelação, uma vez que tal decisão se funda em motivos de caráter eminentemente objetivo, tudo com fulcro no disposto no art. 580 do CPPB.[9]

---

[6] Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

[7] Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se [...] V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

[8] Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

[9] Art. 580. No caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

"PENAL. DESCAMINHO. [...] PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECONHECIMENTO. EXTENSÃO AOS DEMAIS CÓRREUS. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO COM EXTENSÃO AOS CORRÉUS. [...] Readequada a reprimenda para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, haja vista terem se passado mais de 04 (quatro) anos entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória. 5. Muito embora não figurem como recorrentes, os efeitos da decisão que altera a pena e reconhece a prescrição devem alcançar os demais corréus, por força do art. 580, do Código de Processo Penal. 6. Recurso provido para diminuir a pena imposta ao recorrente e, diante da nova reprimenda, reconhecer a extinção da punibilidade em razão da prescrição retroativa, devendo os

DA EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM NA FIXAÇÃO DA PENA–BASE - ART. 593, INCISO III, “B” E “C” DO CPPB.

Por derradeiro, o recorrente alegou, subsidiariamente, que a dosimetria da pena não obedeceu aos ditames legais, visto que as qualificadoras do crime capitulado no art. 121, § 2º, incisos I e IV do CPB foram novamente consideradas pelo magistrado quando da valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB. Afirmou que existiu bis in idem ainda quanto aos seus antecedentes criminais, os quais foram valorados pelo magistrado também na apreciação da sua conduta social, sendo, portanto, forçosa a correção do julgado, a fim de ser fixada a pena no mínimo legal.

No caso em apreço, constato que não andou bem o magistrado no momento da dosimetria da pena, assistindo razão ao apelante quando afirma ter ocorrido bis in idem na valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CPB, conforme se pode ver pela simples leitura da sentença (fl. 941), no tópico referente ao crime de homicídio qualificado.

“[...] b) há nos autos registro de antecedentes criminais do réu c) conduta social considerada negativa, posto que apontado como autor de outro fato típico, conforme consta dos autos [...] e) os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime são desfavoráveis ao réu, haja vista que contratou o assassinato da vítima mediante paga ou promessa de pagamento, sendo que o crime foi praticado sob dissimulação, dificultando ou tornando impossível a defesa da vítima, lesando assim um bem jurídico que não poderá ser resgatado [...]”

É cediço que havendo duas qualificadoras para o crime, uma deverá ser utilizada para qualificar a infração, enquanto a outra poderá ser considerada como agravante genérica ou como circunstância negativa na primeira fase de dosimetria da reprimenda, tudo em homenagem ao principio da soberania dos vereditos e em obediência ao sistema trifásico de aplicação da pena. Isto porque, a dupla qualificação da infração revela um maior desvalor na conduta do agente, devendo, por isso, ser sopesada em seu desfavor.

> “PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MAIS DE UMA CIRCUNSTÂNCIA LEGAL RECONHECIDA PELO JÚRI. INCIDÊNCIA DE UMA COMO QUALIFICADORA E DEMAIS COMO AGRAVANTES. ART. 61 DO CP. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. O art. 61 do CP estabelece que há agravamento da pena em face da incidência de circunstâncias legais quando estas não qualificam o crime. 2. Segundo orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, havendo mais de uma circunstância qualificadora reconhecida no decreto condenatório, apenas uma deve formar o tipo qualificado, enquanto que as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, quando expressamente previstas como tais, ou como circunstâncias judiciais desfavoráveis, de forma residual. 3. Recurso especial provido para, cassando parcialmente o acórdão impugnado, restaurar a reprimenda penal estabelecida na sentença condenatória. (REsp 1095823/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 03/11/2009)”

> “PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. ADEQUADA. UMA DAS QUALIFICADORAS CONSIDERADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. I - Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do

---

efeitos desta decisão alcançar os demais réus da ação penal. (REsp 1040208/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 13/09/2010).”

> mínimo legal. (Precedentes). II - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de recurso especial. III - Ademais, reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do Código Penal, mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5°, inciso XXXVIII, alínea e da Lex Fundamentalis), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP). (Precedentes do STJ e do STF). Recurso desprovido. (REsp 1020228/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 04/08/2008)"

In casu, o juiz-presidente não poderia ter valorado novamente as duas qualificadoras na primeira fase de fixação da pena, mas somente uma, conforme visto acima. Ora, ao agir assim, incorreu em odioso bis in idem, o qual deverá ser corrigido, com a reforma do édito condenatório no tocante a aplicação e dosimetria da pena, o que passo a fazer agora, atento às circunstâncias judiciais do artigo 59 do CPB.

Considerando a culpabilidade do recorrido em grau máximo, eis que praticou conduta altamente reprovável; os seus bons antecedentes, já que o apelante teve a punibilidade extinta quanto á infração de lesão corporal seguida de morte praticada na cidade de Porto Velho/RO, em razão da ocorrência do fenômeno da prescrição retroativa, conforme comprova a certidão presente à fl. 874 dos autos[10].

Levando em conta a sua conduta social reveladora de uma índole adequada, eis que o recorrente mantinha boa relação com seus empregados e dava oportunidade de trabalho aos egressos do sistema penal, conforme atesta os documentos de fls. 97/125; a sua personalidade sem condições de avaliação; os motivos que o levaram a delinquir injustificáveis, pois o ordenamento jurídico não autoriza a vingança com as próprias mãos; as circunstâncias do crime que demonstram ter sido cometido com meio que dificultou a defesa da vítima; as consequências terríveis para o ofendido e seus familiares, os quais de certo ficarão traumatizados para o resto de suas vidas e o comportamento da vítima que em nada contribuiu para a infração penal, fixo a pena-base do crime previsto no art. 121, § 2º incisos I e IV do CPB, em 17 (dezessete) anos de reclusão, em razão das circunstancias judiciais serem, em sua maioria, desfavoráveis ao apelante.

No caso, vale ressaltar que considerei como circunstância desfavorável a qualificadora do art. 121 § 2º, inciso IV, do CPB[11], visto que não posso reconhecê-la

---

[10] "HABEAS CORPUS. CONDUÇÃO DE VEÍCULO, NA VIA PÚBLICA, SOB O EFEITO DE ALCOOL. APLICAÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO QUE NÃO SE PRESTAM PARA A VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA QUE NÃO INCIDIU NO CASO. ALEGAÇÃO DESCABIDA SOBRE O TEMA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em respeito ao princípio constitucional da não-culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), as ações penais que resultaram em sentenças extintivas de punibilidade não podem ser tidas como maus antecedentes, assim como os inquéritos ou processos em andamento não servem para a valoração da personalidade do agente. 2. Não tendo incidido, no caso, a agravante da reincidência, inexiste razão para as alegações da impetrante sobre o tema. 3. Ordem concedida. (HC 95.466/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 16/11/2009)"

[11] Art. 121. §2º. IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossivel a defesa do ofendido;

como agravante genérica do art. 61, inciso II “c” do mesmo diploma legal[12], a fim de agravar a penalidade do recorrente, pois não houve recurso da acusação autorizando a majoração da reprimenda, sob pena de ofensa ao principio do non reformatio in pejus. No mais, não havendo outras circunstâncias atenuantes, agravantes e tampouco causas de diminuição e aumento de pena a considerar, torno definitiva a pena aplicada.

Reconheço a prescrição retroativa do delito de ocultação de cadáver e afasto a condenação à reparação civil, conforme fundamentação expendida.

O regime de cumprimento de pena será o inicialmente fechado, por força do art. 33 do CPB e da Lei nº 11.464/2007.

Permanecem válidos os dispositivos não reformados da sentença, especialmente aqueles referentes à dosimetria da pena.

Ante o exposto, conheço de todos os recursos e dou provimento ao apelo de ARGEMIRO DE OLIVEIRA GOMES, a fim de submetê-lo a novo julgamento, e parcial provimento a apelação de PAULO PIMENTEL DE OLIVEIRA, para reconhecer a inaplicabilidade do instituto da reparação civil, a prescrição retroativa do crime de ocultação de cadáver, fixando nova pena ao recorrente, tudo nos exatos termos da fundamentação.

É como voto.

Belém, 07 de junho de 2011.

Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes

Relator

[12] Art. 61, II, c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;