

TESE 101

Proponente: Cristina Emy Yokaichiya e Juliana Garcia Belloque

Área: Criminal

Súmula: O reconhecimento do homicídio privilegiado pelos jurados – quando a conduta se realizou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima (art. 121, §1º, última parte, CP) – é prejudicial ao quesito referente à qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, quando a imputação estiver apoiada na surpresa da agressão (art. 121, §2º, IV, do CP).

ASSUNTO

INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS CIRCUNSTÂNCIAS. QUESITO SOBRE A QUALIFICADORA DA SURPRESA PREJUDICADO EM FACE DO RECONHECIMENTO DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DEFEITO NA VOTAÇÃO. REFORMA DA DECISÃO INDEPENDENTEMENTE DE NOVO JÚRI.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública zelar pela plenitude de defesa e evitar a continuidade de votação no Tribunal do Júri quando há incompatibilidade entre os quesitos apresentados na sala secreta.

Art. 5º, III e IX, da Lei Complementar 988/06 e art. 4º, I e V da Lei Complementar 80/94,

Art. 5º São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I - prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

V - exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos

e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A causa de diminuição de pena na hipótese de homicídio privilegiado, decorrente de conduta realizada sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, possui, diferentemente das circunstâncias de relevante valor social e moral, **natureza dúplice: objetiva-subjetiva**.

O referido privilégio possui três elementos típicos: "o domínio de violenta emoção", de natureza subjetiva, pois demonstra o estado psíquico do agente, "logo em seguida" e "a injusta provocação da vítima", aspectos estes objetivos, pois **referem-se à questão temporal da ação e a existência de uma situação fática anterior (ação da vítima)**.

Os dois elementos objetivos da figura do homicídio privilegiado por domínio de violenta emoção logo em seguida de injusta provocação afastam a imputação de ataque de inopino, capaz de gerar o emprego de recurso que dificulta a defesa da vítima, qualificadora objetiva (art. 121, §2º, IV, do CP). Por uma questão lógica, se houve injusta provocação imediatamente anterior à reação do agente, não é possível que tenha ocorrido surpresa por parte da vítima e que ela não esperasse o contra-ataque a sua afronta.

Não se trata, portanto, de circunstâncias compatíveis: uma de natureza subjetiva e outra objetiva. Assim, o Conselho de Sentença não pode ser submetido ao julgamento de ambos os quesitos mencionados, diante da impossibilidade de concomitância da qualificadora de surpresa com o homicídio privilegiado.

Nesse sentido, uma vez reconhecido pelo Conselho de jurados que os agentes estiveram em um contexto de injusta provocação da vítima que culminou no delito, não há que se falar que a vítima foi surpreendida.

Nos termos do artigo 490, parágrafo único, do Código de processo Penal, o Magistrado-presidente, ao ver reconhecida a causa de diminuição da pena pelos jurados, não deve proceder à votação da qualificadora no inciso IV, do art. 121 quando se tratar de ataque inopinado, pois incompatíveis com a figura do homicídio privilegiado em questão (art. 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Assim já se manifestou magistrada presidente do 1º Tribunal do Júri da Capital:

"Ora, no caso, o recurso que dificultou a defesa das vítimas está descrito como sendo derivado da surpresa – circunstância que inviabilizaria a reação dos ofendidos. De outro lado, a injusta provocação estaria associada à discussão, às ameaças feitas ao réu e às agressões, momentos antes dos crimes. Assim, inviável tomar uma ação como surpreendente, quando já existe prévia desavença entre as partes, razão pela qual mantenho minha decisão de não quesitar a circunstância qualificadora, caso

reconhecido o privilégio" (Processo n. 0000239-09.2004.8.26.0052, do 1º Tribunal do Júri da Capital/SP)

Explica com muita clareza esta incompatibilidade os acórdãos abaixo:

*"Como se vê nitidamente, as respostas dos jurados são **totalmente incompatíveis, tanto sob o aspecto jurídico como sob o enfoque realista**, pois, se o recorrente agiu sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, é inadmissível também que tenha agido de surpresa, ou seja, de inopino, de forma a impossibilitar a defesa da vítima, que o provocara, conforme afirmado anteriormente. Aliás, assim já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça, quando decidiu, em caso análogo, que 'quem mata sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, não pode fazê-lo insidiosamente ou de surpresa, ou de modo a impossibilitar a defesa da ofendida' (TJSP - Ap. Rei. Dirceu de Mello - RJTJSP 73/341).*

*Decididamente, quem age sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, **logicamente** não emprega surpresa ao revidar contra o autor da injusta provocação. Daí a incompatibilidade da qualificadora com o homicídio privilegiado" (TJSP - Ap. Rel. Marino Falcão - RT 596/315)." (Ap. 993.07.127139-0, TJSP, Rel. José Henrique Rodrigues Torres, jul. 10/11/08).*

"Somente em poucos e excepcionais casos tem a doutrina e jurisprudência admitido a ocorrência do homicídio privilegiado-qualificado, mais especialmente nas hipóteses de privilégio decorrente de relevante valor social e moral. O privilégio reconhecido em termos de ação sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, é obviamente incompatível, por incongruência, com a qualificadora que objetivaria essa mesma ação como insidiosa, à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação (Ap. 683024921, 3ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Milton dos Santos Martins, j. 29/09/1983).

Não bastassem estas incompatibilidades, também o elemento típico subjetivo do homicídio privilegiado analisado afasta por completo a qualificadora do uso de recurso que dificultou a defesa do ofendido.

Seria incompatível afirmar que o acusado, tendo agido sob o domínio de violenta emoção, teria conseguido pensar em qual meio, dentre aqueles disponíveis, se utilizaria para especialmente dificultar a defesa da vítima.

A configuração do tipo qualificado de homicídio exige o dolo, elemento subjetivo do injusto, de forma que o acusado deveria ter optado, conscientemente, pelo emprego de recurso que dificultasse a defesa do ofendido, o que não lhe era possível já que totalmente envolvido por violento estado emocional.

Assim também já decidiu o E. Tribunal de Justiça paulista:

*"Inexpugnável é a contradição entre o homicídio privilegiado e a qualificadora do uso de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. **Isto porque, naquele, a execução é subitânea, imprevista, tempestuosa, circunstâncias que não compadecem com os temperamentos racionais que ditam o modo ou meio da execução, sempre precedidos de processo mental ordenado**" (TJSP – Rel. Dirceu de Mello – RT 576/340).*

Conforme CLAUD ROXIN, "(...) **o dolo típico deve abarcar todas as circunstâncias que constituem o tipo** também como categoria sistemática; ou seja, a ação e suas modalidades, o resultado, as qualidades do autor e os pressupostos materiais relevantes para a imputação (...) **O dolo se dirigirá em geral a circunstâncias do tipo descritivo ou normativo existentes ou por produzir-se (...) Pode-se dizer resumidamente que objeto do dolo típico são todas as circunstâncias do tipo objetivo a partir das quais se constrói a figura do delito**". (Derecho Penal – Parte General - tomo I, tradução da 2ª ed. alemã, Madrid, Civitas, 1997, p. 477 (tradução livre)).

Por outro lado, sob a ótica do ofendido, explicita CEZAR ROBERTO BITENCOURT que "a *surpresa* constitui um ataque inesperado, imprevisto e imprevisível, além do procedimento inesperado, é necessário que a vítima não tenha razão para esperar a agressão ou suspeitar dela". Acrescenta, ainda: "A surpresa assemelha-se muito à traição. Não basta que a agressão seja inesperada; é necessário que o agressor atue com *dissimulação*, procurando, com sua ação repentina, dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima" (Tratado de Direito Penal. 9ª ed. p. 63).

Destarte, tanto do ponto de vista da vítima, que – por ter provocado o acusado em momento imediatamente anterior à sua reação – tem razões próximas para aguardar a reação; quanto do ponto de vista do acusado, que – por se encontrar sob o domínio de violenta emoção em decorrência das provocações recebidas – não é capaz de eleger o meio específico de execução do delito de forma dissimuladamente surpreendente, não há como compatibilizar o privilégio reconhecido pelos jurados com a qualificadora da ação de surpresa.

Como, na ordem da quesitação, a causa de diminuição de pena é sujeita anteriormente à votação, os jurados não devem ser submetidos à votação da qualificadora se o privilégio já tiver sido reconhecido. Caso assim não proceda o Juiz-presidente, **se o tema for debatido em sede de apelação, entende-se que não se trata de hipótese de realização de novo julgamento. O equívoco não partiu do veredicto popular, mas sim da equivocada condução da votação pelo Magistrado, que deixou de declarar como prejudicado o quesito da qualificadora, incompatível com a parte anterior do veredito popular. Nesse caso, o Tribunal, reconhecendo que foi indevida a continuidade da votação, deve declarar inválida a votação da qualificadora, independentemente de novo júri, tornando-a sem efeito, com a consequente readequação da pena.**

A lei disciplina a ordem de votação das teses aduzidas em plenário, fazendo a clara opção por conceder o benefício à defesa de votação, em primeiro lugar, das

teses defensivas, sendo que incumbe ao r. Juiz Presidente vislumbrar as eventuais incompatibilidades entre as alegações das partes com o fim de evitar julgamentos com conteúdo contraditório. Esse direito de preferência concedido pelo legislador à defesa merece imperiosa observância, daí a conclusão a que se chega no sentido de que deve o Tribunal simplesmente corrigir um equívoco do juiz togado, e não do conselho de sentença, não sendo o caso de realização de um segundo julgamento.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A jurisprudência majoritária versa sobre a compatibilidade do privilégio pela violenta emoção com a qualificadora do homicídio pela surpresa, por compreender que se trata de circunstâncias subjetiva e objetiva, respectivamente.

A análise jurídica demonstra que o homicídio privilegiado contém caráter subjetivo-objetivo e, por uma questão lógica, não pode conviver com a qualificadora de recurso que dificultou a defesa da vítima proveniente do ataque inopinado.

Como, em regra, o posicionamento dos tribunais é negativo, faz-se necessário trabalhar a questão em primeira instância, no momento da votação, fazendo constar na ata de julgamento, bem como trazer ao debate jurisprudencial toda a abrangência dos institutos, jogando luz sobre aspectos, contidos nessa tese, que não vem sido enfrentados pelos Tribunais, os quais julgam de maneira rasa a questão.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A princípio, o ideal seria tratar dessa matéria em primeira instância para que o juiz presidente não submeta os jurados à votação do quesito referente ao recurso que dificultou a defesa quando reconhecido o homicídio privilegiado. Se esse não for o entendimento, importante faz constar o pleito na ata de julgamento para se evitar alegação de preclusão da matéria.

Quando a matéria for tratada em sede recursal, deve-se argumentar a questão como preliminar nas razões, requerendo o afastamento da qualificadora independente da realização de novo júri.