

## **RAZÕES DE APELAÇÃO**

Vara do Júri do Foro de Osasco

Proc. nº 00XXXXX-76.2000.8.26.0405

Apelante: **O.C.B.**

Apelado: **MINISTÉRIO PÚBLICO**

***Egrégio Tribunal,  
Colenda Câmara,***

### **1. Breve síntese dos autos**

**O.C.B.** foi denunciado por homicídio qualificado consumado contra **E.A.S.** (art. 121, § 2º, I e IV, c.c. o art. 29, CP) e **A.J.R.** (art. 121, § 2º, I e IV, c.c. o art. 29, CP), homicídio qualificado tentado contra **E.D.J.** (art. 121, § 2º, I e IV, c.c. o art. 29 e art. 14, CP), e lesão corporal de natureza grave decorrente de erro de execução contra **J.C.O.P.S.** (art. 129, § 1º, I, c.c. 29 e art. 73, CP).

Pronunciado em 28 de julho de 2006, foi condenado em um primeiro julgamento no dia 19 de outubro de 2009, a pena de 41 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Inconformado, interpôs recurso de Apelação, ao qual, em 1º de outubro de 2012, a Colenda 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deu provimento, “para cassar o julgamento do Plenário do Júri que o condenou e para que outro julgamento seja realizado” (fls. 579-585), por ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, foi o apelante condenado, sendo fixada a pena total de 39 anos e 8 meses de reclusão, dividida do seguinte modo: **“21 anos pelo homicídio de E.A.S. e pelo erro na execução da vítima J.C.O.P.S. , 14 anos pelo homicídio de Adailton Jardim Rosa, 4 anos e 8 meses pela tentativa de homicídio de E.D.J..”** (sentença fls. 667-670 e complemento para correção de erro material 675-676)

No que se refere à fixação da pena pela lesão corporal de natureza grave por erro de execução contra **J.C.O.P.S.** (art. 129, § 1º, I, c.c. o art. 73, CP), em concurso formal (art. 70, CP) com o homicídio qualificado contra **E.A.S.** (art. 121, § 2º, I e IV, CP), a pena foi fixada do seguinte modo:

**“Em aplicação ao disposto no artigo 73 parte final e artigo 70 do Código Penal, aplica-se à pena mais grave o aumento de ½, considerando que a vítima atingida pelo erro de execução J.C.O.P.S., de modo que na pena da vítima fatal E.A.S. se aplica a causa de aumento de ½, resultando pena de 21 anos.”** (fls. 675)

Inconformado, apelou o réu por seus advogados e, nos termos do art. 600, § 4º, CPP, oferece as presentes razões de apelação, nos

estritos limites deste recurso, por ter ocorrido erro na fixação da pena (art. 593, III, "b" e "c", CPP).

## **2. Decisão do juiz-presidente que afrontou a lei expressa (art. 70, parágrafo único, CP), importando em fixação errônea da pena.**

**Ao fixar a pena de homicídio qualificado em concurso formal (art. 70, CP) com lesão corporal grave, decorrente de erro de execução (art. 73), o juiz-presidente fixou a pena de homicídio qualificado em 14 anos, aumentando-a de 1/2, pela lesão corporal grave, resultando na pena de 21 anos para os dois crimes. Com isso, afrontou a lei expressa (parágrafo único do art. 70, CP), que estabelece o *concurso material benéfico*, gerando erro e injustiça na fixação da pena.**

O apelante foi denunciado por dois homicídios consumados, uma tentativa e uma lesão corporal de natureza grave. Segundo a inicial, o apelante incorreu em *aberratio ictus*, pois ao atirar pretendendo matar **E.A.S.**, causou, além da morte deste, lesão corporal grave em **J.C.O.P.S.**. Caracterizou-se, portanto, no que se refere aos crimes de homicídio qualificado contra **E.A.S.** e de lesão corporal grave contra **J.C.O.P.S.**, o erro na execução com duplo resultado (art. 73, CP).

É expresso na lei (art. 73, CP) que, na hipótese de erro de execução com pluralidade de resultados, deve ser aplicada a regra do concurso formal de delitos (art. 70, CP).

Por essa razão, sendo condenado pelos dois crimes, homicídio qualificado e lesão corporal grave, as penas dos dois crimes devem ser calculadas com base na regra do art. 70, CP.

Na dosimetria da pena, a MM. Juíza fixou a pena de **14 anos** pelo homicídio qualificado, aumentando-a de **metade** pela lesão corporal grave, resultando em uma pena de **21 anos** de reclusão pelos dois crimes em concurso formal. Isso resultou que pela lesão corporal de natureza grave, fosse o apelante condenado a pena de 7 anos.

Ocorre que tal situação gerou aquilo que Silva Franco chama de "anomalia punitiva",<sup>1</sup> quando a pena resultante do sistema de exasperação fica superior a que seria cabível pelo sistema de aplicação cumulativa (soma).

Para evitar que o sistema de exasperação contrarie o "objetivo criador do concurso formal, que é o de evitar a imposição de pena excessiva",<sup>2</sup> dispõe o parágrafo único do art. 70, que não poderá a pena exceder o que seria cabível pela regra do concurso material.

No caso concreto, diante da ocorrência de *aberratio ictus* com resultado duplo, o réu foi condenado a **14 anos** pelo homicídio qualificado contra **E.A.S.**(pessoa visada), e a **7 anos** pelo crime de lesão corporal grave contra **J.C.O.P.S.** . A pena de 7 anos pela lesão corporal grave contra **Cássio** decorreu da aplicação do aumento de metade da pena, ou seja, o aumento máximo previsto na regra do concurso formal.

---

<sup>1</sup>SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. (coordenadores) **Código Penal e sua interpretação:** doutrina e jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 392.

<sup>2</sup> Idem, ibidem.

O resultado pelos **dois crimes cometidos em concurso formal foi de 21 anos**. Isso levou a pena a ficar superior a que seria cabível pela regra do concurso material.

A pena do crime de lesão corporal grave é de 1 a 5 anos, razão pela qual é injustificável a fixação da pena de 7 anos por esse crime.

Exatamente nas situações de concurso formal heterogêneo, em que as penas cominadas são muito diferentes, é possível que o resultado do aumento de pena seja superior ao cabível pela regra do concurso material. Para isso existe a regra do parágrafo único do art. 70, que determina a aplicação cumulativa das penas.

É o que leciona Rogério Greco:

**“Isso quer dizer que, no caso concreto, deverá o julgador, ao aplicar o aumento de pena correspondente ao concurso de crimes, aferir se, efetivamente, a regra do concurso formal está beneficiando ou se, pelo contrário, está prejudicando o agente.”<sup>3</sup>**

Foi a regra do **concurso material benéfico**, que deixou de ser observada pela r. sentença. Seria de rigor que fosse fixada de modo individualizado, não só a pena do homicídio qualificado, mas também a pena de lesão corporal grave, para verificar se o aumento de 1/6 até 1/2 estabelecido pela lei ficou compatível com a regra do concurso material benéfico (art. 70, parágrafo único, CP).

É o que leciona Mirabete:

**“o juiz deve individualizar a pena de cada um dos delitos para, depois, fazer incidir as regras do concurso**

---

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Vol. I. Niterói: Impetus, 2012, p. 592.

**formal se forem mais favoráveis ao acusado do que cúmulo material das penas.”<sup>4</sup>**

Ao perceber que o resultado da exasperação significaria pena superior à soma, seria de rigor que se aplicasse a regra do cúmulo material, que significaria a pena de 14 anos pelo homicídio qualificado contra **E.A.S.** e 1 ano pela lesão corporal grave contra **J.C.O.P.S.** , resultando uma pena de **15 anos pelos dois crimes**, ao invés da pena de 21 anos, que foi fixada.

Ressalte-se que, na medida em que não houve a fixação, pela sentença, de pena individualizada para o crime de lesão corporal de natureza grave, outra não poderá ser a pena, senão a do patamar mínimo, 1 ano de reclusão.

Ao aumentar em metade a pena do homicídio qualificado, a sentença gerou uma grave distorção, que é apontada por Bitencourt:

**“Não se admite, pois, que quem pratica mais de um crime, com uma única ação, possa sofrer pena mais grave do que a imposta a quem, reiteradamente, com mais de uma ação, cometa os mesmos crimes.”<sup>5</sup>**

Nesse sentido, Silva Franco traz exemplo semelhante ao caso dos autos (exceto pelo fato de que aqui a lesão é grave):

**“Assim, se o agente, mediante uma única ação, pratica os delitos de homicídio qualificado e de lesões corporais leves, o aumento menor pelo concurso formal (um sexto) sobre o mínimo legal cominado para o homicídio qualificado (um sexto sobre 12 anos é igual a 2 anos) é bem**

---

<sup>4</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal:** parte geral. vol. I. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 308.

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 612.

**superior ao máximo da pena prevista para o tipo de lesões corporais leves (um ano).”<sup>6</sup>**

E conclui que nesses casos, a lei impõe “o reconhecimento do concurso material em lugar do concurso formal”.<sup>7</sup>

Delmanto, que já preconizava a regra do concurso material benéfico antes mesmo do seu reconhecimento legal, pela reforma penal de 1984, leciona:

**“Há casos em que a aplicação do concurso formal poderia resultar em penas mais altas do que a cumulação do concurso material, embora este seja a mais severa forma de concurso de penas. Isso pode acontecer quando se trata de penas diversas, em que uma delas é muito maior do que a outra (ex.: homicídio e lesão corporal simples). (...) Embora não mude o tipo de concurso de penas, a aplicação delas não poderá exceder a que seria cabível pela cumulação material do art. 69 do CP.)”<sup>8</sup>**

Na doutrina, no mesmo sentido é entendimento de Damásio,<sup>9</sup> Nucci,<sup>10</sup> Régis Prado,<sup>11</sup> Cirino dos Santos.<sup>12</sup>

Da jurisprudência, confirmam-se os seguintes julgados:

---

<sup>6</sup> SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. (coordenadores) **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 393.

<sup>7</sup> SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. (coordenadores) **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 393.

<sup>8</sup> DELMANTO, Celso. et. al. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 317.

<sup>9</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: 1º vol.: parte geral. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 603.

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 265.

<sup>11</sup> RÉGIS PRADO, Luiz. Curso de Direito Penal brasileiro: vol. 1, parte geral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 2002, p. 413.

<sup>12</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito Editorial, 2010, p. 404.

**“O instituto do concurso ideal perfeito visa a beneficiar o agente, sujeitando-o a uma só pena carcerária (a mais grave), acrescida de um sexto até a metade. Quando a unificação *ope legis* prejudica, ao em vez de favorecer o réu, deve prevalecer a regra do cúmulo das penas (*quod delicta tot poena*), não incidindo a exceção que conduz ao cúmulo jurídico”** (TACRIM-SP – AC – Rel. Dante Busana – JUTACRIM 79/313 e RT 595/377).

**“Se a aplicação do critério punitivo estabelecido para o concurso formal ao invés de diminuir, exacerba a reprimenda, incidirá a regra do concurso material, considerando-se cada crime isoladamente”** (TJSC – HC – Rel. Marcílio Medeiros – RT 508/410).

No mesmo sentido: ●TACRIM-SP – AC – Rel. Roberto Grassi – JUTACRIM 90/254. ● TJSC – AC – Rel. Álvaro Wandelli – RTJE 63/212.

Não tendo sido fixada pena individualizada para o crime de lesão corporal de natureza grave, outra não poderá ser a pena, senão o mínimo legal de 1 ano de reclusão.

Assim, é de rigor o reconhecimento de que r. sentença afrontou o disposto no parágrafo único do art. 70, CP, que impõe o **concurso material mais benéfico**. Aplicando-se a regra legal, devem ser somadas a pena de 14 anos para o homicídio qualificado e 1 ano para a lesão corporal grave, totalizando 15 anos de reclusão pelos dois delitos em concurso formal.

### **3. Conclusão**

Ante todo o exposto, processado o presente apelo, reconhecendo que a sentença do Juiz-presidente do Tribunal do Júri foi contrária à lei expressa, ocasionando erro no tocante à aplicação da pena, o apelante aguarda seja dado provimento ao recurso, nos termos do art. 593, III, "b" e "c", e §§ 1º e 2º, CPP, para que seja feita a retificação da pena nos seguintes termos:

- a) Fixação da pena mínima, **1 ano** (art. 129, § 2º, I, CP), para o crime de lesão corporal grave contra **J.C.O.P.S.**, por falta de individualização da pena.
- b) Aplicação da regra do **concurso material benéfico** (art. 70, parágrafo único, CP), entre as penas de **14 anos**, pelo homicídio qualificado contra **E.A.S.**, e de **1 ano**, pela lesão corporal grave contra **J.C.O.P.S.**, totalizando a pena de **15 anos pelos dois delitos** em concurso formal.

São Paulo, 08 de novembro de 2013.

**José Nabuco Filho**  
OAB-SP