RECURSO ESPECIAL Nº 1.758.236 - SC (2018/0199304-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO	:	ELIAS DE ALMEIDA
ADVOGADOS	:	FELIPE JOSÉ DOS SANTOS - RS046109
		JERÔNIMO THORSTENBERG DOS SANTOS - RS078785

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA – MPE com fundamento na alínea "a" do inc. III do art. 105 da Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA – TJSC.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado como incursos nas sanções do artigo 121, § 2º, II e IV, 121, § 2º, II e IV, na forma do art. 14, II, por duas vezes, todos na forma do art. 70, 147, todos do Código Penal – CP, e 16, IV, da Lei n. 10.826/03, na forma do art. 69 do CP, à pena de 27 anos de reclusão, em regime inicial fechado, 2 meses de detenção, em regime inicial aberto, e 10 dias-multa (fl. 656).

A defesa interpôs recurso de apelação que foi provido para anular o julgamento. O acórdão ficou assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS. CÓDIGO PENAL, ART. 121, § 2 II E IV, E ART. 121, § 2°, II E IV, C/C ART. 14, II, POR DUAS VEZES. DELITOS CONEXOS. AMEAÇA. CÓDIGO PENAL, ART. 147, CAPUT. PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. LEI N. 10.826/03, ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. QUESITAÇÃO. JURADOS QUE RECONHECERAM A PRÁTICA DO CRIME DOLOSO DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO E, DEPOIS, A OCORRÊNCIA DE ERRO NA EXECUÇÃO. CONTRADIÇÃO EVIDENTE. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE PROTESTO NA ATA DA SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. IRRELEVÂNCIA. NULIDADE ABSOLUTA NÃO ATINGIDA PELA PRECLUSÃO. JULGAMENTO ANULADO.*
>
> *Deve ser anulado o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri quando há evidente contradição entre os quesitos. No caso, os jurados reconheceram a existência de dolo direto na prática dos crimes de homicídios qualificados tentados, considerando, inclusive, que os*

resultados morte somente não ocorreram por circunstâncias alheias à vontade do agente, e, depois, a existência de erro na execução do delito - que pressupõe a inexistência de dolo direto para com as vítimas.

Embora não tenha havido registro de protesto na ata de julgamento acerca dos quesitos formulados aos jurados, na hipótese em análise, denota-se que a contradição causa nulidade absoluta do julgamento, não sendo, assim, atingido pela preclusão.

RECURSO PROVIDO (fl. 770).

Embargos de declaração opostos pelo MPE foram rejeitados, conforme acórdão de folhas 802/810.

Em sede de recurso especial, o MPE alegou violação ao disposto nos artigos 484, 563, 564, 577, parágrafo único, e 571, VIII, todos do Código de Processo Penal – CPP, porquanto o Tribunal de origem reconheceu nulidade absoluta no julgamento pelo Tribunal do júri em razão de respostas contraditórias a quesitos sobre o dolo da conduta. Entende que não há interesse recursal pela defesa, pois inexistente prejuízo, bem como houve preclusão da questão não suscitada em Plenário.

Em outro ponto, argumenta que a pena deve ser corrigida de ofício.

Requereu seja restabelecida a sentença condenatória, com correção de pena.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 849/860.

O recurso especial foi admitido (fls. 863/866).

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo desprovimento do recurso especial, com determinação para que seja realizado novo julgamento, independente do trânsito em julgado (fls. 895/901).

É o relatório. Decido.

O Tribunal de origem reconheceu nulidade absoluta no julgamento pelo Tribunal do Júri em razão de contradição na resposta aos quesitos, notadamente porque houve reconhecimento do dolo de matar duas vítimas e, em série posterior, houve reconhecimento de que as referidas vítimas foram atingidas por erro na execução. Cito o trecho:

Conquanto o réu tenha requerido a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri de forma subsidiária (caso não acolhida a tese de desclassificação da conduta), verifica-se que referido pleito deve ser apreciado primeiramente, por ser prejudicial aos

demais.

Inicialmente, cabe destacar que embora não se tenha registrado protesto pela defesa acerca da elaboração dos quesitos, consoante se denota da ata de julgamento do Tribunal de Júri (pág. 643), é possível o reconhecimento da nulidade em razão de ser ela absoluta.

A respeito da ocorrência de nulidade absoluta por contradição na votação, colhe-se julgado deste Tribunal:

[...]

Por ser absoluta, a nulidade não é atingida pela preclusão, cabendo o seu reconhecimento em qualquer tempo e grau de jurisdição. No caso dos autos, a contradição entre quesitos está presente na apuração das condutas relativas aos homicídios qualificados tentados contra as vítimas Rafael Cazarolli e Dirceu Luis Kerkhofen.

Veja-se o que constou no termo no trecho mencionado (págs. 648 a 649 - ipsis litterís):

> 2 ª Série (Tentativa de Homicídio qualificado - vítima Rafael Cazarolli).
>
> 1º quesito: No dia 05 de abril de 2015, por volta das 5 horas e 40 minutos, nas proximidades do Porto da Barca, centro de Itapiranga, o réu ELIAS DE ALMEIDA desferiu um tiro contra a vítima Rafael Cazarolli, produzindo-lhe as lesões descritas no Auto de Exame de Corpo de Delito de fl. 156?
>
> (4) Sim. (0) Não
>
> 2° quesito: O réu, assim agindo, tentou matar a vítima Rafael Cazarolli, morte que não se consumou pois a vítima foi resgatada pelo Corpo de Bombeiros de Itapiranga minutos após o disparo, sendo prontamente encaminhada para atendimento médico?
>
> (4) Sim. (0) Não. () Prejudicado.
>
> 3° quesito: O jurado absolve o réu?
>
> (2) Sim (4) Não () Prejudicado
>
> 4° quesito: O crime teve motivação fútil, pois ocorreu em razão de um simples desentendimento ocorrido entre a vítima Fernando Miguel Cazarolli e o réu ELIAS DE ALMEIDA na noite dos fatos durante a realização de uma festa no Open Bar, na cidade de Itapiranga?
>
> (4) Sim (0) Não () Prejudicado
>
> 5º quesito: O crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, pois Rafael foi alvejado de surpresa, quando estava dentro do veículo, tão logo esse chegou ao Porto da Barca para realizar a travessia até o Estado do Rio Grande do Sul?
>
> (4) Sim (0) Não () Prejudicado
>
> 2º Série, "b":
>
> 1º quesito: A vítima Rafael Cazarolli foi atingida por tiro que, desviando-se da trajetória desejada pelo réu, ou seja, atingir Fernando Miguel Cazarolli, acabou por

acertá-lo (erro na execução)?

(4) Sim (2) Não

2º quesito: O jurado absolve o réu?

(1) Sim (4) Não () Prejudicado

[-.]

3 ª Série (Tentativa de Homicídio qualificado - vítima Dirceu Luis Kerkhofen).

1º quesito: No dia 05 de abril de 2015, por volta das 5 horas e 40 minutos, nas proximidades do Porto da Barca, centro de Itapiranga, o réu ELIAS DE ALMEIDA desferiu um tiro contra a vítima Dirceu Luis Kerkhofen, produzindo-Ihe as lesões descritas no Auto de Exame de Corpo de Delito de fl. 158?

(4) Sim. (0) Não

2° quesito: O réu, assim agindo, tentou matar a vítima Dirceu Luis Kerkhofen, morte que não se consumou pois o tiro não atingiu órgão vital da vítima?

(4) Sim. (3) Não. () Prejudicado.

3° quesito: O jurado absolve o réu?

(1) Sim (4) Não () Prejudicado

4° quesito: O crime teve motivação fútil, pois ocorreu em razão de um simples desentendimento ocorrido entre a vítima Fernando Miguel Cazarolli e o réu ELIAS DE ALMEIDA na noite dos fatos durante a realização de uma festa no Open Bar, na cidade de Itapiranga?

(4) Sim (0) Não () Prejudicado

5º quesito: O crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, pois Dirceu foi alvejado de surpresa, quando estava dentro do veículo, tão logo esse chegou ao Porto da Barca para realizar a travessia até o Estado do Rio Grande do Sul?

(4) Sim (1) Não () Prejudicado

2º Série, "b":

1º quesito: A vítima Dirceu Luis Kerkhofen foi atingida por tiro que, desviando-se da trajetória desejada pelo réu, ou seja, atingir Fernando Miguel Cazarolli, acabou por acertá-lo (erro na execução)?

(4) Sim (2) Não

2° quesito: O jurado absolve o réu?

(1) Sim (4) Não () Prejudicado

Inicialmente, denota-se que não foi respeitada a ordem de quesitação prevista no art. 483 do Código de Processo Penal no tocante à materialidade e à autoria, que foram analisadas conjuntamente no primeiro quesito (incs. I e II).

Da leitura dos quesitos, percebe-se haver contradição no que diz respeito ao dolo. Primeiro, quesitou-se a presença de dolo direto, no sentido de que o réu teria agido com a intenção de matar as vítimas e

> *que tal resultado não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade dele. Após, os jurados reconheceram a presença de erro na execução do delito, situação na qual inexiste dolo direto em relação à vítima atingida.*
>
> *Ou seja, os jurados decidiram que o acusado atirou para matar as vítimas Rafael e Dirceu, não tendo o crime se consumado por fato alheio, e, após, reconheceram que o réu não queria matar as vítimas, tendo-as acertado ao errar a pontaria que visava à vítima Fernando (fls. 776/778).*

Por seu turno, ao analisar os embargos de declaração opostos pelo MPE, o Tribunal de origem destacou que houve prejuízo ao processo pela resposta contraditória aos quesitos, por não se permitir a compreensão exata da intenção dos jurados, sendo descabia a análise do vício em outro momento processual. Cito o trecho:

> *Outrossim, a fim de evitar possível arguição de obscuridade no acórdão, cabe destacar que, no caso, o reconhecimento da nulidade, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, é presumido por se tratar de nulidade absoluta.*
>
> *A contradição entre os quesitos verificada impossibilita saber o que os jurados, de fato, decidiram e, por lógica, exercer qualquer juízo de valor sobre a deliberação, notadamente diante da dispensa de fundamentação pelos juizes leigos. Ou seja, a interpretação da decisão, ante a contradição constatada, está prejudicada, trazendo prejuízo não só às partes, mas ao próprio processo.*
>
> *Ao examinar as respostas aos quesitos, se entender que foi reconhecido o dolo direto, deve-se reconhecer a prática de três homicídios em concurso material ou em continuidade delitiva específica (CP, art. 71, parágrafo único), situação esta que possibilitaria o aumento da reprimenda em até o triplo; enquanto que, de outro vértice, foi aplicado o concurso formal pelo reconhecimento do erro na execução, consoante se infere da sentença:*
>
> > Considerando ser os crimes praticados pelo réu de mesma espécie, cometidos contra diferentes vítimas, mediante violência real, em ações seqüenciais, o correto seria a aplicação do art. 71 parágrafo único do Código Penal (crime continuado). Porém, houve reconhecimento da tese defensiva de erro na execução em relação às duas tentativas de homicídio qualificado ("aberratio ictus"), devendo-se aumentar a pena mais grave, 16 (dezesseis) anos, no máximo legal (metade), atentando-se ao critério do número de crimes e, em especial motivação e circunstâncias do fato, reconhecidas pelo Conselho de Sentença como fútil e mediante recurso que dificultou as defesas das vítimas, respectivamente, definitizando-se a pena em 24 (vinte e quatro anos) de reclusão.
> >
> > Saliente-se que tal pena é inferior a regra do art. 70, parágrafo único do Código Penal, ou seja, é menor que

o somatório das penas aplicadas individualmente a cada crime (que totalizariam 34 anos e 8 meses).

Por óbvio, não se pode, diante do recurso exclusivo da defesa, proceder qualquer aumento de pena.

Entretanto, em frente a incongruência referida, é inviável proceder qualquer censura da decisão recorrida sem que se defina que uma das respostas está em contradição com a outra, fato que pode contrariar efetivamente a intenção dos jurados ao decidirem os fatos.

Com efeito, o Código de Processo Penal prevê no parágrafo único do art. 564 que "ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas".

Em que pesem os demais pontos de insurgência do recurso de apelação não sejam diretamente afetados pelo reconhecimento da nulidade - uma vez que se questiona ser a sentença do juiz-presidente contrária à decisão dos jurados, sob o pretexto de que o reconhecimento do erro na execução dos crimes desclassificou as condutas para lesão corporal, e não homicídio tentado, e haver injustiça na aplicação da pena -, a contrariedade entre a respostas dos quesitos traz prejuízos significativos ao processo, sendo que não se pode esperar que esse vício seja explorado em eventual recurso ou revisão criminal para possibilitar o reconhecimento da nulidade (fls. 809/810).

Pois bem, conforme precedente, a resposta contraditória aos quesitos enseja nulidade absoluta:

HABEAS CORPUS. TRIPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. APONTADA CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS DADAS PELOS JURADOS AOS QUESITOS FORMULADOS. RECONHECIMENTO DE QUALIFICADORAS E DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE GENÉRICA COM RELAÇÃO A APENAS ALGUMAS DAS VÍTIMAS. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE QUANTO A UM DOS DELITOS SUPOSTAMENTE PRATICADOS. INCOERÊNCIA NÃO EVIDENCIADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Conquanto a defesa não tenha impugnado a votação dos quesitos na sessão de julgamento, eventual contradição entre as respostas fornecidas pelos jurados caracteriza nulidade absoluta, motivo pelo qual não há que se falar em preclusão, devendo o tema ser apreciado por esta Corte Superior de Justiça, notadamente por ter sido arguido em sede de apelação, e devidamente examinado pelo Tribunal de origem. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

[...]

8. Ordem denegada (HC 131.565/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 30/06/2011).

Todavia, é pacífico que o reconhecimento de nulidades, sejam relativas ou

absolutas, deve ocorrer tão somente mediante a demonstração de prejuízo, consoante disposto no artigo 563 do CPP. Cito precedente da Corte Especial:

> *PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. MEMBRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. PRELIMINAR. DELAÇÃO ANÔNIMA. PLAUSIBILIDADE E VEROSSIMILHANÇA. VERIFICAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA. REQUISITOS. ART. 41 DO CPP. LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º DA LEI 9.613/98. CRIME ANTECEDENTE. PECULATO. ART. 312 DO CP. APTIDÃO VERIFICADA. JUSTA CAUSA. ART. 395, III, DO CPP. LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO. PRESENÇA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ART. 397 DO CPP. INVIABILIDADE. RECEBIMENTO. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS. EQUIPARAÇÃO A MAGISTRADO. AFASTAMENTO DO CARGO.*
>
> *[...]*
>
> *7. O reconhecimento de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, demanda a demonstração de prejuízo efetivo e concreto ao exercício da defesa, de acordo com o princípio pas de nullité sans grief, presente no art. 563 do CPP.*
>
> *[...]*
>
> *14. Denúncia recebida, com o afastamento cautelar do denunciado do cargo público por ele ocupado (APn 922/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJe 12/06/2019).*

O Tribunal de origem reconheceu a nulidade por haver prejuízo para o processo. Ocorre que o prejuízo que enseja nulidade é aquele incidente sobre as partes, conforme expressamente previsto no art. 563 do CPP. No caso em tela, a contradição nas respostas permite concluir que houve dolo direto em matar as vítimas (tese da acusação) ou dolo de matar terceiro com erro na execução que acertou as vítimas (tese da defesa). Na dosimetria a pena, foi acolhida a tese de erro na execução, com pena mais branda. Assim, ante a falta de alegação de prejuízo pela acusação que sequer interpôs recurso, e ante a falta de demonstração de prejuízo pela defesa que viu a tese de erro na execução ser acolhida na dosimetria da pena, descabido o reconhecimento da nulidade.

Fica prejudicado o pedido de correção da pena de ofício, pois novo julgamento do recurso de apelação defensivo deve ser realizado para analisar as teses prejudicadas no primeiro julgamento.

Diante do exposto, com fundamento na súmula 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença condenatória e afastar o reconhecimento da referida nulidade, determinando que o Tribunal de origem realize novo julgamento do

recurso de apelação para apreciar as demais teses defensivas.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator