

RECURSO ESPECIAL Nº 1.616.136 - RS (2016/0194029-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : LEONILDO PIRES FOGASSA

ADVOGADO : ROMEU MACIEL DE OLIVEIRA FILHO E OUTRO(S) - RS010326

DECISÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça local** que, ao dar parcial provimento à Apelação Crime n. 70065517641, afastou a condenação do recorrido pelo delito de incêndio majorado **ante o reconhecimento da consunção**.

Busca o recorrente, então, em suma, **o restabelecimento da decisão proferida pelo Tribunal do Júri**, sob a assertiva basilar de que o acórdão recorrido incorreu em **violação dos arts. 78, I, 593, III, "d" e § 3º, ambos do Código de Processo Penal, e 250, § 1º, II, "a", do Código Penal**. Para tanto, argumenta que (fl. 1.047):

[...] os jurados reconheceram o preenchimento das elementares do crime de incêndio, em especial a potencialidade de expor terceiro a perigo de vida ou a sua integridade física ou ainda de dano ao patrimônio (conforme resposta afirmativa ao quesito no 01 da segunda série – fl. 706v), não sendo dado à Corte Estadual, em sede de apelação em processo afeto ao Tribunal do Júri, afastar tal percepção e aplicar, ao caso, o princípio da consunção, em evidente desconsideração à soberania dos veredictos.

Assenta, ainda, que, quanto à afirmativa do acórdão de que o delito de incêndio já haveria sido considerado na qualificadora do emprego de emboscada, "a tocaia empregada não consistiu no emprego de fogo, mas, justamente, na espreita realizada pelo agente" (fl. 1.051).

As contrarrazões foram oferecidas às fls. 1.061-1.066, e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento e pelo provimento do recurso especial.

Decido.

I. Admissibilidade

Inicialmente, observo que o recurso especial suplanta o juízo de prelibação, haja vista a ocorrência do necessário prequestionamento, além de estarem presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo, tempestividade e regularidade formal), razão pela qual avanço na análise de mérito da controvérsia.

II. Contextualização

Consta dos autos que o recorrido foi pronunciado como incurso nos arts. 121, § 2º, II e IV, e 250, § 1º, II, "a", ambos do Código Penal. Quanto ao delito de incêndio majorado, assim se manifestou o Magistrado de primeiro grau (fls. 512-513):

Com relação ao delito de incêndio majorado (art. 250, § 1º, inciso II, alínea "a", do Código Penal), verifica-se que a materialidade delitiva restou suficientemente demonstrada através do auto de verificação preliminar de incêndio (fl. 160), do exame pericial em local de incêndio elaborado pelo Instituto-Geral de Perícias (fls. 202/211), bem como indiretamente pelo restante do conjunto probatório colhido. De outro lado, denotam-se presentes indícios suficientes de autoria também no que diz respeito ao delito conexo, na medida que o próprio acusado Leonildo Pires Fogassa, por ocasião de seu interrogatório, confessou ter ateado fogo na residência utilizada pelo ofendido, a fim de obrigá-lo a sair do recinto.

Tal confissão restou suficientemente corroborada pelos depoimentos de Edson Pires Fogassa (fls. 335/336) e Zeli Rodrigues Pires (fls. 406/407), irmão e genitora do acusado, respectivamente, os quais confirmaram que Leonildo havia admitido para ambos que havia ateado fogo na residência do ofendido e, em seguida, atingido-o com disparo de arma de fogo.

Ademais, a majorante prevista no § 1º, inciso II, alínea "a", do art. 2º do Código Penal também merece ser mantida para posterior julgamento pelo Tribunal do Júri, na medida que há elementos nos autos indicando que a vítima residia no local incendiado rotineiramente de quarta-feira até domingo, o que, ao menos para fins de pronúncia, comprova que a

residência era habitada e/ou destinada à habitação.

Portanto, não verificada de plano nenhuma das hipóteses de absolvição sumária ou de impronúncia, mostra-se necessário o encaminhamento do acusado Leonildo Pires Fogassa para o julgamento perante o Tribunal do júri também no que tange ao delito conexo de incêndio majorado (art. 250, § 1º, inciso II, alínea "a", do Código Penal) narrado no fato 02 da denúncia.

O réu foi, então, submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri e condenado, nos termos da denúncia, a 22 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado.

A defesa apelou com base no art. 593, III, "c" e "d", do Código de Processo Penal. A Corte estadual, na ocasião, entendeu que a condenação pelo crime conexo se deu contrariamente à prova dos autos. Para tanto, afirmou (fls. 1.002-1.005):

A defesa afirma que para a configuração do crime de incêndio previsto no artigo 250 do Código Penal é necessário que o fogo provocado pelo agente atinja, ou exponha a perigo, a vida ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, uma coletividade, pois visa salvaguardar a incolumidade pública. Por conseguinte, afirma que a conduta do acusado é atípica, pois os fatos se deram em propriedade rural, não havendo bens ou pessoas próximas que pudessem ser atingidas, a "incolumidade pública" não sendo atingida nem ameaçada. Alega, ainda, que o fato é atípico por ausência de dolo na conduta do acusado, que com sua ação não buscava incendiar a residência da vítima, mas sim atraí-la para fora de casa. Alega que por fogo no pasto "tornou-se, na pior das hipóteses, parte de *iter criminis* que conduziu ao desfecho do homicídio", pedindo seja reconhecida a consunção.

Tenho que lhe assiste razão, em parte.

De início, observo que o objeto da conduta do delito em questão é o mero ato de expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. O sujeito passivo é a coletividade, o que não significa que para a configuração do tipo seja sempre necessária a exposição a perigo número indeterminado de pessoas, como alega a defesa. Conforme ensina Nucci, "é certo que pessoas determinadas podem sofrer diretamente o perigo, embora não seja indispensável identificá-las para que o agente possa ser punido". E, no

caso, conforme se pode constatar pelo laudo pericial de f. 202, a conduta do réu expôs a perigo tanto a vida – ainda que a causa da morte da vítima seja diversa – como o patrimônio de outrem – segundo os peritos, "a edificação foi sinistrada de forma total". Contudo, ainda que a conduta objetivamente considerada encontre adequação típica na figura do artigo 250 do Código Penal, tenho que os ditos do réu tornam claro que sua intenção em atear o fogo no pasto era forçar a vítima a deixar a casa, para, então, alvejá-la com um disparo de arma de fogo. E tal intenção foi reconhecida inclusive pelo Ministério Público ao descrever a qualificadora da emboscada na exordial acusatória. Veja-se trecho da imputação:

Para saciar sua ânsia assassina o denunciado Leonildo Fogassa, ateou fogo na residência (Auto de Verificação de Incêndio e levantamento fotográfico anexos) onde se escondia a vítima, esperando que a mesma saísse de dentro do local pela ação do fogo emboscando-se de tocaia atrás de árvore existente no lugar, aguardando que a vítima premida pelo fogo que ele Leonildo (denunciado) havia ateado na residência saísse e pudesse atingi-la mortalmente, como realmente o fez.

Ou seja, "atear fogo" foi o modo de realizar-se a qualificadora da emboscada, sendo dessa forma descrita na exordial acusatória e, após, no quesito formulado aos jurados como segue (f. 706):

"5 - Leonildo Pires Fogaça cometeu o crime mediante emboscada, tendo se postado atrás de árvore, aguardando que a vítima, premida pelo fogo, deixasse a residência para atingi-la".

A vítima estava trancada dentro da casa, que possuía apenas uma saída. O réu ateou fogo em pasto ao fundo da residência, e as chamas rapidamente invadiram a casa de madeira, forçando a vítima a sair pela única porta para salvar-se, acabando por ser morta com um tiro pelo réu, que fazia tocaia atrás de uma árvore.

Ainda que a morte não tenha sido causada pelo fogo, o que estava entre as possibilidades cogitadas pelo agressor, prender fogo, sem dúvida, integrou o *iter criminis* do homicídio – não fosse pelo fogo, a vítima não teria saído da casa – e embasou o reforço da reprimenda, ensejando a incidência da qualificadora da emboscada. Nessas condições, a condenação por delito autônomo caracteriza indiscutível *bis in idem*.

Ao responder a segunda série, os jurados reconheceram que

LEONILDO "causou incêndio em casa habitada" e "quis atear fogo à residência", o que em nada altera a conclusão aqui exposta. A aplicação do princípio da consunção é questão eminentemente jurídica, e reconhecer sua incidência estava ao alcance do juiz e não constitui violação ao veredicto.

[...]

Por todo o exposto, aplico o princípio da consunção, conforme pleiteado pela defesa, de modo que o delito do artigo 250, § 1º, inciso II, alínea "a", do Código Penal vai absorvido pelo crime de homicídio duplamente qualificado. Descabe, pois, revisar a pena, que fica afastada.

III. Apontadas violações

Cinge-se o recurso a analisar se o Tribunal *a quo* violou o princípio da soberania dos veredictos e invadiu a íntima convicção dos jurados, ao aplicar o princípio da consunção e absolver o recorrido do delito de incêndio.

É consabido que o princípio da soberania dos veredictos traz em si a própria explicação da existência do julgamento por juízes leigos, na medida em que não seria lógico aceitar o exame da pretensão acusatória por membros da comunidade e, posteriormente, sujeitar essa conclusão ao livre exercício dos juízes togados.

O fato é que a lei, com alicerce na idealização constitucional, submete a revisão do veredicto popular a situações específicas, de cunho formal e não material.

Segundo o princípio da consunção, quando uma infração penal constituir, unicamente, ato preparatório, meio necessário ou fase da execução de outro fato descrito por norma mais ampla (crime-fim), o agente só responderá pelo delito mais grave, ficando o crime-meio por ele absorvido.

Isso significa que "A aplicação do princípio da consunção pressupõe, necessariamente, a análise de existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa, sendo, por isso mesmo, **inviável a sua aplicação automática, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto**" (HC n. 104.455/ES, Rel. Ministro **Og Fernandes**, 6ª T., DJe 16/11/2010, destaquei).

No presente caso, o **Conselho de sentença**, ao responder à quesitação acerca do crime de incêndio, **reconheceu** que, "no dia 19 de janeiro de 2012, por volta das 14h, no 5º Distrito Rincão Bonito, interior do Município de Sant'Ana do Livramento, **Leonildo Pires Fogaça causou incêndio em casa habitada, expondo terceiro a perigo de vida ou a integridade física ou ainda de dano ao patrimônio**" (fls. 923, grifei). Ainda, afirmou que **o recorrido "quis atear fogo à residência da vítima"** (fl. 923, destaquei).

O acórdão, por sua vez, consigna o seguinte: "ainda que a conduta objetivamente considerada encontre adequação típica na figura do artigo 250 do Código Penal, tenho que os ditos do réu tornam claro que sua intenção em atear o fogo no pasto era forçar a vítima a deixar a casa, para, então, alvejá-la com um disparo de arma de fogo" (fl. 1.003).

Pelo trecho acima transcrito, extraio duas conclusões:

1ª) o próprio *decisum* reconhece que a decisão dos jurados **não é manifestamente contrária às provas dos autos**, uma vez que "a conduta objetivamente considerada encontr[a] adequação típica na figura do artigo 250 do Código Penal" (fl. 1.003).

2ª) o Tribunal estadual acabou por **analisar situação que não fora submetida ao crivo dos jurados, a saber, a intenção do acusado em atear fogo na casa da vítima**.

Nessa extensão, entendo ter havido, sim, invasão à íntima convicção dos jurados por parte da Corte de origem, na medida em que o **Conselho de Sentença respondeu positivamente ao quesito relativo ao fato de o réu haver ateado fogo à residência do ofendido**.

Em casos tais como este, o STJ tem decidido que a aplicação do princípio da consunção pelo Tribunal estadual ofende a competência absoluta e a soberania do Conselho de Sentença. Ilustrativamente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS. INCÊNDIO (ART. 250 DO CP). CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI, RECONHECIDO O CONCURSO FORMAL. PRINCÍPIO

DA CONSUNÇÃO APLICADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS.

1. O Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso de apelação interposto pela defesa, reconheceu a incidência do princípio da consunção entre os crimes de incêndio e de homicídios tentados, absorvido o incêndio pelos delitos dolosos contra a vida.

2. **O Tribunal do Júri**, ao responder à quesitação acerca do crime de incêndio, **reconheceu** que no dia 05 de agosto de 2011, por volta das 17h20min, na Rua Renato Pompeu, n. 110, no interior da residência, bairro Itacolomi, na cidade de Gravataí/RS, **um incêndio foi causado, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem** (e-STJ fls. 880). **Assim, não podia a Corte de origem, sem ofender a competência absoluta e a soberania do Conselho de Sentença, ter aplicado o princípio da consunção.**

3. O exame acerca da incidência do princípio da consunção do delito de incêndio pelos de tentativas de homicídios encontra impedimento na competência absoluta do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida e os a eles conexos, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. **1.524.253/RS**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 1º/6/2016, destaquei)

No tocante ao argumento levantado pelo Tribunal estadual de que o incêndio "integrou o *iter criminis* do homicídio [...] e embasou o reforço da reprimenda, ensejando a incidência da qualificadora da emboscada" (fl. 1.004) e que, "nessas condições, a condenação por delito autônomo caracteriza indiscutível *bis in idem*" (fl. 1.004), considero que tal entendimento também não é apto a justificar a aplicação da consunção ao caso. Isso porque, como assinalado pelo recorrente, a "referida qualificadora teve como essência o fato de o agente criminoso ter aguardado escondido, atrás de uma árvore, a saída do réu do interior de sua residência" (fl. 1.051).

Com efeito, a qualificadora da emboscada foi quesitada para os jurados da seguinte forma: "Leonildo Pires Fogaça cometeu o crime mediante emboscada, tendo se postado atrás de árvore, aguardando que a vítima, premida pelo fogo, deixasse a residência para atingi-la? Sim

-04" (fl. 922).

Assim, a exasperação pela emboscada não se deu pelo fato de o acusado haver colocado fogo na casa da vítima, mas porque se pôs atrás de árvore esperando que ela deixasse a residência.

III. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial** para restabelecer a decisão do Tribunal de Júri, que condenou o recorrido como incurso nos arts. 121, § 2º, II e IV, e 250, § 1º, II, "a", ambos do Código Penal, em concurso material.

Publique-se e intímem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator