

Embargos de Declaração em Apelação Criminal. Crime de homicídio. Oposição com o objetivo de sanar vícios de contradição e obscuridade, esclarecendo-se a dosimetria da pena dos acusados e o indevido afastamento da qualificadora reconhecida pelo júri, relativa à ocultação e impunidade do crime praticado contra a vítima.

Nilo Augusto Francisco Suassuna*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – 8ª CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000090-65.2009.8.19.0041

APELANTES: GEREMIAS JOSÉ COSTA E IRÊNIO JOSÉ COSTA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATORA: DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR

Eminente desembargadora relatora O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por intermédio do Procurador de Justiça titular da 5ª Procuradoria de Justiça junto a essa Egrégia Câmara, vem, tempestivamente, nos autos da Apelação Criminal em epígrafe em que figuram como *apelantes GEREMIAS JOSÉ COSTA E IRÊNIO JOSÉ COSTA e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO*, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, opor **Embargos de Declaração** ao Acórdão proferido pelo ilustrado órgão fracionário, eis que há *contradição e obscuridade entre a fundamentação e o dispositivo, nos seguintes termos:*

1. Preliminarmente aduz que o Ministério Público tomou ciência pessoal do acórdão em 18/11/2014, sendo tempestivo e adequado o recurso.

2. Vale dizer que a E. Câmara, em sessão realizada em 05 de novembro de 2014, em decisão tomada por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso dos acusados, para redimensionar as penas, uma vez mantido o veredicto do júri popular, nos seguintes termos, consoante excerto do acórdão, no ponto específico em que se vislumbra o esclarecimento necessário:

(...) No que tange à autoria dos crimes, a prova carreada aos autos evidencia que os ora apelantes, Jeremias José da Costa e Irênio José da Costa, efetivamente mataram as vítimas Renato de Almeida Silva e José Humberto Gustavo de Almeida da Silva (fato este admitido apenas pelo apelante Jeremias, em Plenário), sendo certo que, com base em elementos probatórios produzidos ao

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

longo de toda a persecução penal, a negativa de autoria aduzida pelo apelante Irênio foi afastada pelo Conselho de Sentença.

Com efeito, a “confissão informal” a agentes policiais constitui prova ilícita. Precedentes jurisprudenciais do STF, STJ e desta Corte.

Todavia, na hipótese vertente, a prova oral produzida pela acusação fundou-se não apenas nas declarações dos policiais militares, mas também nos depoimentos prestados pela testemunha José Servino, sendo certo que a análise integral do mosaico probatório, produzido durante toda a persecução penal, evidencia lógica perfeitamente identificada, a permitir a imputação da autoria delitiva aos ora apelantes, não havendo que se cogitar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Diante da existência de duas teses, todas embasadas em elementos de prova constantes dos autos, é certo que a opção dos jurados por uma delas não autoriza a anulação do julgamento, nos termos do que dispõe o art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal.

Ora, se diante do conjunto probatório, os jurados optaram pela tese ministerial, é indubitável que, com supedâneo nas mesmas provas, rejeitaram a tese defensiva. Destarte, incabível a pretensão de submissão dos réus a novo Júri, se a decisão condenatória ancora-se nas provas produzidas pela acusação. Precedentes.

A qualificadora referente à prática dos homicídios, mediante emboscada, exsurge do próprio modus operandi, na medida em que, ao contrário do que pretende fazer crer a Defesa, os ora recorrentes, informados pelo denunciado Eugênio de que, as vítimas haviam ingressado em uma trilha que cortava trecho de mata, dirigiram-se até tal local, onde permaneceram aguardando a aproximação das mesmas, ocasião em que foram surpreendidas com a presença de seus algozes. No mais, a alegação de que a vítima Renato teria agredido verbalmente os apelantes minutos antes de sua morte restou isolada nos autos, traduzindo evidente manobra defensiva, visando ao afastamento da qualificadora em comento.

Outrossim, o conjunto probatório informa que o homicídio contra a vítima Renato teve como motivação discussão pretérita entre ele e o apelante Jeremias, o que foi assumido por este, por ocasião de sua autodefesa em Plenário, e tendo em conta que os ora recorrentes são irmãos, e que a desavença relatada pelo apelante Jeremias teria envolvido seus familiares, resta claro que o apelante Irênio possuía conhecimento da motivação do delito, tendo aderido à conduta de seu irmão Jeremias.

Destarte, considerando-se a desproporcionalidade das condutas, em relação aos motivos que a impulsionaram, caracterizado está o motivo fútil.

Entretanto, no que concerne ao delito praticado contra a vítima José Humberto, tem-se que a qualificadora relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a impunidade do crime praticado contra a vítima Renato deve ser afastada.

Por certo, a única prova que corrobora a incidência de tal qualificadora, no caso concreto, consiste na “confissão informal” do apelante Jeremias, aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos, sendo que, conforme já mencionado alhures, por se tratar de prova colhida ilicitamente, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo

5º, da Constituição Federal, não pode servir como fundamento para a configuração da qualificadora aludida.

Assim, ausente qualquer outro elemento idôneo de prova apto para demonstrar que o homicídio contra a vítima José Humberto foi praticado para assegurar a ocultação e a impunidade do crime perpetrado contra a vítima Renato, o reconhecimento da respectiva qualificadora, pelos nobres membros do Conselho de Sentença, afigura-se contrário à prova dos autos.

Quanto à dosimetria, a remansosa jurisprudência dos Tribunais Superiores admite que, diante do concurso de mais de uma qualificadora, uma delas poderá incidir como tal, a ensejar o tipo penal derivado, ao passo que a outra, ou as demais, devem ser consideradas como circunstância judicial, na forma do artigo 59 do Código Penal, ou como circunstâncias agravantes, quando se amoldarem às hipóteses previstas nos artigos 61 e 62, do mesmo Diploma Legal. Precedentes.

Da mesma forma, considerando-se que o delito foi praticado mediante concurso de, pelo menos, quatro agentes, sendo certo que o réu Jeremias foi o executor dos disparos fatais, sua conduta merece maior reprovação em relação às dos demais, razão pela qual não se verifica qualquer ilegalidade no reconhecimento, na sentença, da circunstância judicial pertinente.

O recorrente Jeremias efetivamente confessou ter atirado contra a vítima Renato, causando-lhe as lesões que foram causa suficiente para sua morte, o que se mostra bastante para a configuração da atenuante da confissão espontânea na dosimetria da pena referente ao delito praticado contra esta vítima.

A vítima José Humberto contava com apenas seis anos de idade à época dos fatos, mostrando-se correta a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, não havendo que se cogitar da ocorrência de bis in idem, conforme asseverou a Defesa, em suas razões recursais, uma vez que a idade desta vítima somente fundamentou o acréscimo das penas na segunda fase da dosagem, como circunstância agravante.

Impossível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea do recorrente Jeremias, já que a mesma omitiu o dolo do homicídio praticado contra a vítima José Humberto.

No tocante ao delito de ocultação de cadáver, melhor sorte não socorre a combativa Defesa, na medida em que foram dois os cadáveres ocultados, o que, decerto, recomenda maior rigor na reprovação das condutas dos ora apelantes, mostrando-se adequada a exasperação implementada na sentença.

De igual forma, tendo em conta que um dos corpos ocultados era de uma criança de apenas seis anos de idade, incide, na hipótese, a circunstância agravante do artigo 61, inciso II, alínea h, do Código Penal. Contudo, adota-se a fração de 1/6 para o aumento das penas-bases, na segunda fase da dosimetria, por se mostrar mais adequado e suficiente à reprovação e à prevenção do crime em tela, devendo as penas de ambos os apelantes ser redimensionadas.

Impossível, porém, o reconhecimento da continuidade delitiva, no caso concreto, eis que o próprio recorrente Jeremias afirmou, em seu interrogatório, que “atirou em direção a Renato, todavia o tiro pegou no filho da vítima; que em seguida Renato tentou correr, quando então o acusado desferiu outro disparo que atingiu Renato”. Desta forma, a hipótese dos autos caracteriza concurso material de delitos, tendo sido evidenciada a autonomia de desígnios, a despeito das condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Observa-se que, no tocante ao homicídio perpetrado em face da vítima José Humberto, o apelante Jeremias sustenta a tese de ocorrência de erro de execução. Todavia, o próprio relato do recorrente demonstra a pluralidade de ações em face de vítimas diversas, sendo certo que o Conselho de Sentença reconheceu a autonomia do dolo de matar em relação à nominada vítima (fl. 466 – 3º Quesito), o que afasta a possibilidade de aplicação do disposto no artigo 73 do Código Penal.

Desta forma, as penas totais aplicadas para ambos os recorrentes devem ser redimensionadas para acomodarem-se, definitivamente, em 31 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias-multa.

No que tange a pretensão de concessão, aos réus, do direito de recorrerem em liberdade, verifica-se, consoante a sentença condenatória, que a manutenção da custódia cautelar, para interposição do presente recurso, encontra-se devidamente fundamentada e lastreada na garantia da ordem pública.

Ademais, tendo os réus respondido à ação penal presos, não há motivos para que, após a prolatação da sentença condenatória, os mesmos aguardem o julgamento do recurso em liberdade, sem que haja alteração fática, a propiciar suas solturas.

Ressalte-se, ainda, que não há ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, a negativa ao direito de recorrer em liberdade, haja vista o entendimento de nossos Tribunais Superiores. Precedentes.

(...) omissis

Face ao exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO dos recursos defensivos, com a rejeição das questões preliminares suscitadas, e, no mérito, pelo PARCIAL PROVIMENTO dos apelos.

3. O v. Aresto da E. Corte, permissa vênua, se encontra eivado de *contradição*, pois conforme asseverado na fundamentação do acórdão, a decisão dos jurados não é manifestamente contrária à prova dos autos, ao reconhecer a autoria e materialidade dos dois crimes de homicídio, bem como com relação às qualificadoras reconhecidas pelo júri. Todavia a E. Câmara, por maioria de votos, acabou por afastar uma qualificadora relativa ao homicídio em que foi vítima *José Humberto Gustavo Almeida da Silva, criança com 06 (seis) anos de idade, e filho da primeira vítima Renato de Almeida Silva, ao entender que a decisão soberana do júri popular não se justificava, eis que a prova derivaria de admissão informal do acusado JEREMIAS, versão aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos.*

A partir dessa premissa acolhida no aresto, ao entender que a qualificadora do homicídio acima nominado, relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a

impunidade do crime praticado contra a vítima Renato, deveria ser afastada, assim resumiu o entendimento o aresto, transcrevendo-se o seguinte trecho:

(...)

“Entretanto, no que concerne ao delito praticado contra a vítima José Humberto, tem-se que a qualificadora relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a impunidade do crime praticado contra a vítima Renato deve ser afastada.

Por certo, a única prova que corrobora a incidência de tal qualificadora, no caso concreto, consiste na “confissão informal” do apelante Jeremias, aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos, sendo que, conforme já mencionado alhures, por se tratar de prova colhida ilicitamente, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, não pode servir como fundamento para a configuração da qualificadora aludida.

Assim, ausente qualquer outro elemento idôneo de prova apto a demonstrar que o homicídio contra a vítima José Humberto foi praticado para assegurar a ocultação e a impunidade do crime perpetrado contra a vítima Renato, o reconhecimento da respectiva qualificadora, pelos nobres membros do Conselho de Sentença, afigura-se contrário à prova dos autos.

Portanto, o aresto é obscuro na sua conclusão, pois se a decisão dos jurados não é contrária à prova dos autos, tanto que foi mantida a decisão dos juízes leigos, diante de sua soberania, não poderia ser afastada a qualificadora em questão, relativa ao segundo crime, em que foi vítima a criança, e por tal motivo ensejar a redução da pena dos acusados em relação a este homicídio qualificado.

Corolário dessa fundamentação, foi o redimensionamento da pena dos acusados, especialmente com relação ao afastamento dessa qualificadora da finalidade teleológica, no segundo homicídio, na ordem cronológica submetida ao crivo dos jurados, e diante da narrativa da decisão de pronúncia.

Sobre esse ponto, destaca-se os argumentos do acórdão:

De outro giro, considerando-se o afastamento da qualificadora relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a impunidade do crime praticado contra a vítima Renato, e que o delito foi praticado mediante concurso de, pelo menos, quatro agentes, sendo certo que o réu Jeremias foi o executor dos disparos fatais, merecendo a sua conduta maior reprovação em relação às dos demais, as *penas-bases* aplicadas aos réus Jeremias e Irênio, relativas ao homicídio praticado contra a vítima *José Humberto Gustavo Almeida da Silva*, devem ser redimensionadas para *14 anos de reclusão* e *13 anos de reclusão*, respectivamente.

A contradição contida no v. aresto tem ressonância em questão de grande relevância no âmbito Federal, de índole eminentemente constitucional e infraconstitucional, já que envolve a própria soberania dos veredictos do júri, e os princípios processuais regulados pelo art. 593, § 3º, do CPP. *É que, não poderia esse ilustrado órgão fracionário, afastar a qualificadora em questão, após o reconhecimento da sua ocorrência pelo júri popular, pois a sua definição jurídica integra o conceito de tipo penal derivado, tratando-se de homicídio qualificado, pelo meio de execução (recurso que impossibilitou a defesa da vítima, uma criança com 06 (seis) anos de idade, e a finalidade teleológica do crime, visando a garantir a impunidade dos acusados com relação ao primeiro homicídio de que foi vítima Renato, pai da segunda vítima, pois ao se admitir pudesse ser afastada a qualificadora, diretamente pela Corte de apelação, com o redimensionamento da pena, estar-se-ia ignorando a soberania dos veredictos do júri, o que não é admissível pelo ordenamento jurídico pátrio.*

Aliás, a contradição na fundamentação do aresto é tão gritante, que o voto vencido do ilustrado Desembargador vogal, divergiu da douda maioria, e determinava a cassação do julgamento no tocante à essa qualificadora, e renovação do julgamento, nos seguintes termos, consoante excerto do voto:

(...) dou provimento parcial aos recursos, para anular o julgamento somente em relação à vítima José Humberto, uma vez que eivado de nulidade absoluta por ser manifestamente contrário às provas dos autos, e determino a realização de novo julgamento somente quanto à vítima José Humberto (edoc. 00701).

O voto vencido está em consonância com a posição prevalente dos Tribunais Superiores, conforme se vê a seguir, exemplificativamente, no julgamento do AgRg no Recurso Especial nº 1.378.097-SP, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, STJ, 6ª Turma J. em 2/10/2014, DJe de 13/10/2014, assim ementado:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.

JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. APELAÇÃO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PROVIMENTO DO TRIBUNAL. DECOTE DA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. CONTRARIEDADE AO ART. 593, § 3º, DO CPP. OCORRÊNCIA.

1. Esta Corte Superior já firmou o entendimento no sentido de que não se pode admitir a desconstituição parcial da sentença proferida pelo Tribunal Popular quanto às qualificadoras ou às privilegiadoras, sob pena de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal de 1988) e ao disposto no art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, que determina a submissão do réu a novo julgamento quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.

2. Agravo regimental não provido.

Ademais, na fundamentação do aresto, essa Corte entendeu, por maioria de votos, que a decisão do júri não foi manifestamente contrária à prova dos autos. Portanto,

o redimensionamento da pena não pode sustentar-se no afastamento da qualificadora reconhecida pelos jurados, à guisa de que tal qualificadora não seria comportada pela prova.

Nessa toada, assim restou fundamentado o v. aresto, em sua doura maioria, reconhecendo que a decisão do júri não é aberrante da prova dos autos:

Quanto ao mérito dos recursos defensivos, tem-se que a materialidade delitiva restou sobejamente evidenciada por meio do Laudo de Exame em Local de Encontro de Cadáveres, do Auto de Exame Cadavérico, e do laudo de exame de DNA.

No que tange à autoria dos crimes, a prova carregada aos autos evidencia que os ora apelantes, Jeremias José da Costa e Irênio José da Costa, efetivamente mataram as vítimas Renato de Almeida Silva e José Humberto Gustavo de Almeida da Silva (fato este admitido apenas pelo apelante Jeremias, em Plenário), sendo certo que, com base em elementos probatórios produzidos ao longo de toda a persecução penal, a negativa de autoria aduzida pelo apelante Irênio foi afastada pelo Conselho de Sentença.

Com efeito, a “confissão informal” a agentes policiais constitui prova ilícita. Precedentes jurisprudenciais do STF, STJ e desta Corte.

Todavia, na hipótese vertente, a prova oral produzida pela acusação fundou-se não apenas nas declarações dos policiais militares, mas também nos depoimentos prestados pela testemunha José Servino, sendo certo que a análise integral do mosaico probatório, produzido durante toda a persecução penal, evidencia lógica perfeitamente identificada, a permitir a imputação da autoria delitiva aos ora apelantes, não havendo que se cogitar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Diante da existência de duas teses, todas embasadas em elementos de prova constantes dos autos, é certo que a opção dos jurados por uma delas não autoriza a anulação do julgamento, nos termos do que dispõe o art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal.

Ora, se diante do conjunto probatório, os jurados optaram pela tese ministerial, é indubitoso que, com supedâneo nas mesmas provas, rejeitaram a tese defensiva. Destarte, incabível a pretensão de submissão dos réus a novo Júri, se a decisão condenatória ancora-se nas provas produzidas pela acusação. Precedentes.

Permissa vênua, ou a prova produzida nos autos, como efetivamente ocorre, embasa o veredicto do júri, como bem afirmado no acórdão, ou não, e ainda assim nessa hipótese, a solução não pode ser o afastamento da qualificadora pelo Tribunal de Justiça, para motivar o redimensionamento da pena, pois evidente a violação, nesse caso, da soberania do júri.

Desde logo, adota-se em tema de *prequestionamento*, a violação pelo v. aresto do disposto no art. 593, § 3º, do CPP, bem como do art. 5º, inciso XXXVIII da Constituição da República, reforçando a questão, a fim de balizar os fundamentos da eventual interposição de recurso constitucional, se for o caso.

Ressalte-se que a ausência de discussão da matéria prequestionada, diante do tema abordado inviabiliza o acesso do Ministério Público à via recursal do apelo constitucional, seja na via do recurso especial e/ou do Recurso Extraordinário, porque para a interposição de tais insurgências recursais, exige o sistema recursal, como decorrência de determinações constitucionais, e dos chamados óbices jurisprudenciais das Cortes Superiores, que a matéria jurídica seja efetiva debatida no aresto da Corte a quo.

Sobre o tema, veja-se:

Quando no acórdão recorrido, a questão federal não foi expressamente prequestionada, deve o recorrente opor embargos declaratórios e, persistindo a omissão, o recorrente, ao interpor recurso especial, deve atacar a violação ao artigo que trata de omissão do julgado, ou seja, 535, II, do CPC, não devendo insistir em indicar os dispositivos que entendeu omissos (RSTJ 141/66), *in*: Código de Processo Civil e legislação em vigor, Theotonio Negrão, 37ª ed, p.1994).

Assevere-se que o verbete de nº 98, do E. Superior Tribunal de Justiça dispõe que os “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”.

Ademais, diante da contradição e da obscuridade contidas no acórdão, necessário o aperfeiçoamento da decisão colegiada, complementando-se-a, e discutindo-se a matéria devidamente prequestionada desde a sentença, a fim de propiciar base jurídica para o enfrentamento do tema na via do apelo extremo, nos exatos termos do verbete de nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, nos termos seguintes: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Do exposto, espera o acolhimento e provimento dos Embargos de Declaração, protestando para que o processo seja incluído em pauta para julgamento, que em nenhum momento se destina a criticar a excelência dos doutos votos que integram o acórdão, *mas sim busca escoimar o vício apontado, esclarecendo-se a dosimetria da pena dos acusados, e a questão do afastamento da qualificadora do júri, uma das circunstâncias que ensejaram a redução da pena em relação ao segundo crime de homicídio*, diante da evidente contradição no aresto.

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2014.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça