

Embargos infringentes – Júri – Homicídios consumados e tentados em cúmulo material – Voto vencido em apelação criminal que anulou julgamento por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP), porque não se indagou dos jurados quesito sobre a continuidade delitiva – Inadmissibilidade – Sendo o concurso de crimes matéria jurídica e de aplicação da pena, não comporta indagação ao Conselho de Sentença, cabendo ao Juiz de Direito, em sendo condenado o réu, reconhecê-la, ou não, na sentença – Rejeição dos embargos

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEÇÃO CRIMINAL

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1999.054.00105

Embargante: *Marcio Aurelio Martinez Martelo*

Embargado: *Ministério Público*

*I - Processual Penal – Embargos infringentes e de nulidade (artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal). Júri – Concurso de crimes. Interposição de embargos infringentes e de nulidade contra acórdão em autos de apelação criminal, com vistas a prevalecer aos termos do voto vencido que anulava o julgamento do réu pelo Tribunal do Júri, submetendo-o a novo confronto com os jurados dos fatos, por ser o veredicto “manifestamente contrário à prova dos autos” (CPP, artigo 593, III, d). Tratando-se de matéria vinculada ao concurso de crimes – cúmulo material, cúmulo formal ou crime continuado – é da competência exclusiva do Juiz e não dos Jurados, que não foram indagados a respeito, de sorte que a solução a ser encontrada seria, quando muito, adequar as penas ao eventual reconhecimento da continuidade delitiva, com fulcro no artigo 593, III, c, do Código de Processo Penal. Em decisão a respeito do tema, assim se pronunciou o Eg. Tribunal de Justiça de S. Paulo: “Que a matéria do concurso de crimes por envolver questão meramente jurídica e sobretudo de aplicação da pena, não comporta decisão do Conselho de Jurados, cabendo exclusivamente ao juiz monocrático, caso o réu venha a ser condenado, reconhecê-la ou não na sentença.” (Ap. 154.315-3/8, ac. un. da 2ª CC., 27.11.1995, Rel. Des. Egydio de Carvalho, in *Revista dos Tribunais*, 730/510). No mesmo rumo de interpretação: STF: HC 53.175, Rel. Min. Thompson Flores, DJU de 15.8.1975, p. 5.837; RTJ 99/245, *Revista dos Tribunais*, 578/447; STJ: *Revista dos Tri-**

bunais, 706/377; *Revista dos Tribunais*, 743/627 (TJSP); *RJTJSP*, 83/347, 91/430, 116/545, 134/438 etc. Inteligência e aplicação do artigo 484 do Código de Processo Penal.

II - Parecer da Procuradoria de Justiça voltado no sentido da rejeição dos Embargos, ratificando-se a orientação contida no v. acórdão contestado pela d. maioria de julgadores.

PARECER

Egrégia Seção Criminal:

01. *Marcio Aurelio Martinez Martelo* foi julgado e condenado perante o IV Tribunal do Júri da Comarca da Capital às penas dos artigos 121, § 2º, I e IV, três vezes, 121, § 2º, I e IV e 14, II, onze vezes, c.c. o artigo 69, do Código Penal, a 15 (quinze) anos de reclusão por cada homicídio consumado e 10 (dez) anos de reclusão, por cada homicídio tentado, totalizando 155 (cento e cinquenta e cinco) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime fechado por imposição legal, tudo por sentença praticada pela ilustre e culta magistrada Dra. *Elizabeth Gregory* (V. fls. 697/691).

O réu, inconformado com o desate da causa, apelou do veredicto popular, por seu douto patrono, fincando a postulação no artigo 593, III, a (nulidade posterior à pronúncia), b (for a sentença do Juiz Presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados), c (houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança) e d (for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos) (Fls. 697).

Processado devidamente o recurso em ambas as instâncias (V. fls. 702/715, 728 *usque* 770 e 779/785), a Eg. Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, negou provimento ao apelo defensivo, vencida a Des. *Maria Helena Salcedo*, que acolhia o recurso para, reconhecendo a continuidade delitiva, anular o julgamento para submeter o réu a outro. Por unanimidade, foram rejeitadas as duas primeiras preliminares de julgamento do processo (fls. 743/748), com voto vencido juntado a fls. 759 *ut* 753.

Com a publicação do acórdão (fls. 754), ingressou o ilustrado patrono do réu com recurso de embargos infringentes na forma do artigo 609, do Código de Processo Penal (fls. 755), perseguindo a consagração do voto proferido pela digna Des. *Maria Helena Salcedo*, referindo a existência de prejuízo para o embargante quando reconhecido pela sentença da Juíza Presidente o *concurso material* de crimes em detrimento da tese do *crime continuado* expressamente capitulado na sentença de pronúncia e no libelo-crime acusatório. A d. defesa protesta pelo acolhimento do recurso, reformando-se o acórdão atacado, devendo o novo acórdão ter como parâmetros os lúcidos argumentos insertos no

voto divergente, com anulação do julgamento de primeiro grau e a realização de novo Júri para o acusado (fls. 755/756).

Esses os fatos de maior relevância e aqui anotados à conta de relatório (Cf. artigo 43, inciso III, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993).

Há nos autos interposição de embargos infringentes contra acórdão em autos de apelação criminal, com vistas a prevalecer os termos do *voto vencido* que anulava o julgamento do réu pelo Tribunal do Júri, submetendo-o a novo confronto com os jurados dos fatos, por ser o veredicto "*manifestamente contrário à prova dos autos*" (CPP, artigo 593, III, d). Tratando-se de matéria vinculada ao concurso de crimes – cúmulo material, cúmulo formal ou crime continuado – (artigos 69, 70 e 71 e parágrafo único, do CP) – é matéria da competência exclusiva do juiz e não dos jurados, que não foram indagados a respeito, de sorte que a solução a ser encontrada seria, quando muito, adequar as penas ao eventual reconhecimento da *continuidade delitiva*, com fulcro no artigo 593, III, c, do Código de Processo Penal. A eminente Des. Vogal, no desenvolvimento de seu voto, deixou explicitado que a sentença da Juíza Presidente "exorbitou, ao dar aos fatos classificação diversa da recomendada em dispositivo legal – artigo 71, parágrafo único, do CP – e da constante da sentença de pronúncia e no libelo-crime acusatório, com evidente prejuízo para o réu" (V. fls. 752). *Data maxima venia* da ilustrada e digna magistrada, laborou S. Exa. em equívoco facilmente perceptível. A respeito desse segmento do processo e da deliberação inserta no voto vencido que proporcionou a utilização desses embargos, respondeu com aplicação de verdadeira ciência a eminente e talentosa Promotora de Justiça, Dra. Flávia Araújo Ferrer de Andrade, *apertis verbis*:

"*Omissis*

De início se faz importante esclarecer que o que ocorreu no julgamento em análise foi a aplicação do art. 383 do CPP pela magistrada prolatora da brilhante e justa decisão de fls. 687/691.

Os jurados votaram todas as séries, referentes aos crimes imputados ao apelante, de forma positiva. Entenderam os jurados, pois, ter o réu praticado **todos** os crimes narrados na denúncia.

Não houve, na sentença, qualquer modificação ou consideração diversa a respeito do fato e suas características. O que ocorreu foi a perfeita aplicação do art. 383 do CPP, que permite ao juiz, na prolação da sentença, modificar a classificação do crime.

Como na esfera penal vigora o princípio da livre apreciação dos fatos pelo juiz (*iura novit curia*), segundo o qual o juiz conhece o direito e o aplicará aos fatos narrados, não se impede a prolação de sentença com classi-

ficação diversa daquela trazida pela denúncia. É o princípio do *narra mihi factum dabo tibi ius*.

O juiz, portanto, está adstrito aos fatos narrados, uma vez que é dos fatos alegados contra ele que o réu deve se defender.

Pode o magistrado, portanto, na forma do art. 383 do CPP, alterar a tipificação do delito, o que é chamado de *emendatio libelli*, sendo apenas uma correção da classificação. Não há, na *emendatio*, qualquer surpresa ou prejuízo à defesa, uma vez que o réu se defende dos fatos narrados contra ele. No caso dos autos narrou-se que o réu havia cometido quatorze crimes de homicídio, sendo três consumados e onze tentados.

Nos casos de *emendatio* não há dúvida sobre a narrativa dos fatos alegados contra o réu, que são claros, podendo o juiz proferir sentença que altere a tipificação proposta, mesmo que isto faça com que a pena imposta ao réu seja maior que aquela trazida pela capitulação originariamente feita.

Não está o magistrado prolator da sentença obrigado a seguir a capitulação anteriormente proposta. O que veda a lei é a modificação dos fatos narrados sem que se dê nova chance de defesa ao réu, e disso trata o artigo 384 do CPP. Não havendo modificação nos fatos, não há que se falar em ofensa à ampla defesa, uma vez que o réu, ao se defender dos fatos narrados, estava sujeito a qualquer classificação jurídica que pudesse ser aplicada àqueles fatos contra ele alegados.

Não há, também, que falar em quesitar-se aos jurados matéria referente a concurso de crimes.

É pacífico o entendimento de que concurso de crimes é matéria referente à aplicação da pena, e, portanto, deve ser decidida pelo juiz, e não quesitada aos jurados.

Aos jurados devem ser quesitadas as séries referentes a todos os crimes imputados ao réu, cabendo ao juiz, de acordo com a votação proferida e com a análise do conjunto probatório, aplicar o concurso de crimes adequado ao caso concreto. Aos jurados cabe decidir sobre o fato e sua autoria, ficando a cargo do magistrado toda questão atinente à fixação da pena." (V. fls. 736/738). (Os relevos são da Promotoria).

Impende consignar que esse posicionamento aconselhado pela ilustrada Dra. Promotora de Justiça encontra ressonância no direito pretoriano. Em

decisão a respeito do tema, assim se pronunciou o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Júri – Aplicação da pena – Concurso de crimes – Matéria afeta ao juiz togado.

Que a matéria do concurso de crimes por envolver questão meramente jurídica e sobretudo de aplicação de pena, não comporta decisão do Conselho de Jurados, cabendo ao juízo monocrático, caso o réu venha a ser condenado, reconhecê-la ou não na sentença." (Ap. n° 154.315-3/8, ac. un. da 2ª Câmara Criminal, em 27.11.1995, Rel. Des. Egidio de Carvalho, in *Revista dos Tribunais*, vol. 730/510).

E o Col. Supremo Tribunal Federal, intérprete maior das Leis, já decidiu que:

"Júri – Nulidade – Defeito no questionário – Ausência de indagação sobre o crime continuado – Matéria que, entretanto, não deve ser submetida à apreciação dos jurados – Constrangimento ilegal inexistente.

Omissis

Crime continuado. Não deve ser objeto de quesito aos jurados, mas de critério para aplicação da pena, sujeito a revisão nos termos do art. 593, III, do CPP." (HC n° 60.533-8-MG, ac. un. da 1ª Turma, em 3.2.1983, Relator Min. Alfredo Buzaid, in *Revista dos Tribunais*, vol. 578/447).

No mesmo rumo de interpretação: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 99/245; *Revista dos Tribunais*, 743/627 (TJSP), *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de S. Paulo*, 83/347, 91/430, 116/545, 134/438. E o Eg. Superior Tribunal de Justiça já deixou assinado que:

"Homicídio – Duplicidade – Admissibilidade – Reconhecimento da continuidade delitiva em tal hipótese com o advento da Lei 7.209/84 – Matéria da competência do Juiz, portanto não pode ser objeto de qualificação.

Duplo homicídio contra vítimas diferentes. Possibilidade de reconhecimento de continuidade delitiva, diante de norma expressa do parágrafo único do art. 71 do CP, acrescentado pela reforma penal de 1983 (Lei 7.209/84). Matéria de competência do Juiz, não dos ju-

rados, razão pela qual não deve ser objeto de questionamento." (REsp nº 33.012-SP, ac. un. da 5ª Turma, em 20.10.1993, Rel. Min. Assis Toledo, in *Revista dos Tribunais*, vol. 706/377).

Não é à toa que DAMASIO EVANGELISTA DE JESUS, com a autoridade que é reconhecida por todos, adverte que:

"Crime continuado.

O juiz não deve questionar os jurados sobre a tese do crime continuado, matéria de aplicação da pena (STF, HC 53.175, DJU de 15.8.75, p. 5.337; RT 578/447 e RTJ 107/122 (...))

Cremos que a defesa, no Plenário, pode sustentar a tese do delito continuado, quando cabível, endereçando-a ao Juiz-Presidente e não aos jurados. O nexo de continuidade pertence ao tema de concurso de penas, de competência do Juiz de Direito. Nesse sentido: TJSP, ACrim 68.745, RJTJSP 116/454 e ACrim 78.469, RJTJSP, 134/438." (In *Código de Processo Penal Anotado*, Ed. Saraiva, SP, 14ª ed., 1998, p. 344, nota ao rodapé do art. 484 do CPP).

No mesmo sentido, ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOC-
CO, in *Teoria e Prática do Júri*, Ed. RT, 4ª ed., revista e ampliada, 1991, p. 147, nº 15.1.7. No caso dos autos, convém fique consignado que o d. patrono do r. embargante, ao contrário do que ficou referido no voto vencido, sustentou como tese a *negativa de autoria* (V. ls. 693). Não houve qualquer protesto da acusação ou da defesa durante o momento culminante do julgamento, mesmo quando a Juíza Presidente leu a sentença condenatória (V. fls. 693/696). E os pedidos, e as reclamações relativas aos quesitos formulados aos membros do Tribunal do Júri devem ser feitos logo após sua leitura e explicação pelo Juiz Presidente, restando sanadas as eventuais nulidades ou omissões que não forem argüídas nessa oportunidade, de acordo com a interpretação conjunta dos artigos 479, 571, VIII e 572, I, todos do Código de Processo Penal. Cf. STJ, REsp nº 80.355-PR, ac. un. da 6ª Turma, em 21.05.1996, Rel. Min. Vicente Leal, in *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 89/460. Na mesma regra de hermenêutica, cf. STF: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 136/1.233 (HC nº 68.643-RJ, ac. da 1ª Turma, em 04.06.1991, Rel. Min. Celso de Mello); *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 142/570-71 (HC nº 68.727-DF, ac. da 1ª Turma, em 10.12.1991, Rel. Min. Celso de Mello); *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 159/851-52 (HC nº 71.225-SP, ac. da 2ª Turma, em 26.06.1994, Rel. Min. Carlos Velloso); *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 161/223 (HC nº 71.941-MG, ac. da 2ª Turma, em 23.05.1995, Rel. Min. Maurício Corrêa); *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Lex Ed., vol. 195/348 (HC nº 71.225-8-SP, ac. da 2ª Turma, em 21.06.1994, Rel. Min. Car-

los Velloso) etc. A ata de julgamento é o espelho das circunstâncias nele verificadas. Se dela não constam as circunstâncias invocadas pela defesa, ou protesto seu a respeito dos pontos impugnados, não há como anular o julgamento. Assim, STF: HC nº 55.078-0, 2ª Turma, Rel. Min. **Cordeiro Guerra**, in *DJU* de 12.05.1978, p. 215; *Revista dos Tribunais*, vols. 526/357, 555/414, 594/388, 557/394 etc. Diante do silêncio absoluto da ata de julgamento, não pode a parte, ao depois da sentença condenatória, pretender invalidar o julgamento sob o enfoque de vício no questionário, pois se nulidade houvesse teria sido ela propiciada pela parte interessada. E o Código de Processo Penal, em seu artigo 565, determina que nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido. *In casu*, prejuízo algum sobreveio aos interesses da defesa, subjugada durante os debates na tese defensiva da *negativa de autoria* (V. fls. 693 e 708/713). Como o tema do crime continuado, por dizer respeito à aplicação de pena, não é levado à deliberação do Corpo de Sentença, nada impede que o juiz, ao reconhecer o concurso material ou a continuidade delitiva, possa até exasperar a pena. Nesse diapasão, *Revista dos Tribunais*, vol. 758/649 (TJ-RO, Ap. nº 98.000954-5, ac. un. da Câmara Criminal, em 13.08.1998, Rel. Des. **Antonio Cândido**). Por ser assunto ligado à aplicação da pena, possível ao Tribunal de Justiça exercer a correção do castigo, *ex vi* do artigo 593, III, c, do Código de Processo Penal. Da mesma forma, se a sentença evidenciar contrariedade à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, na forma do artigo 593, § 1º, dessa mesma Codificação. Decisão anulatória do veredicto popular, como alvitado pelo voto vencido da ilustrada Desembargadora, Dra. **Maria Helena Salcedo**, somente quando pertinente ao mérito da causa, *data maxima venia*. Não existe fórmula outra para invalidar o veredicto condenatório proferido pelo Tribunal do Júri no exercício de sua soberania constitucional.

Nessas condições, e em face do que ficou exposto, o parecer da Procuradoria de Justiça está voltado no sentido da **rejeição** dos embargos, ratificando-se a orientação contida no v. acórdão contestado pela d. maioria dos julgadores.

Rio de Janeiro, em 23 de novembro de 1999.

LUIZ BRANDÃO GATTI
Procurador de Justiça