

Apelação Criminal n. 0000416-42.2012.8.24.0021, de Cunha Porã
Relator: Des. Luiz Cesar Schweitzer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA FUTILIDADE DO MOTIVO E EMPREGO DE FOGO, NA FORMA TENTADA (CÓDIGO PENAL, ART. 121, § 2º, INCISOS II E III, COMBINADO COM ART. 14, INCISO II). DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PELO JUÍZO SINGULAR PARA O DELITO DE INCÊNDIO MAJORADO, TIPIFICADO NO ART. 250, § 1º, II, ALÍNEA "A", DO ESTATUTO REPRESSIVO E SIMULTÂNEA CONDENAÇÃO. INSURGIMENTO DA DEFESA.

AVENTADA NULIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE ABERTURA DE PRAZO PARA O ACUSADO SE MANIFESTAR SOBRE A NOVA IMPUTAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA UNIRRECORRIBILIDADE, AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO EVIDENCIADA. PREJUDICIAL ACOLHIDA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 413 E SEQUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

SENTENÇA ANULADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000416-42.2012.8.24.0021, da Unidade de Divisão Judiciária da comarca de Cunha Porã, em que é apelante Jandir Leandro Bender e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para anular a sentença vergastada e determinar que outra seja proferida com observância do disposto no art. 413 e seguintes do Código de Processo Penal, prejudicada a análise da matéria recursal remanescente. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 26 de abril de 2016, foi presidido pela Exma. Sra. Des. Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato.

Representou o Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Lio Marcos Marin.

Florianópolis, 18 de julho de 2016.

Luiz Cesar Schweitzer
RELATOR

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina com atuação perante o Juízo de Direito da Unidade de Divisão Judiciária da comarca de Cunha Porã ofereceu denúncia em face de Jandir Leandro Bender, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e III, combinado com art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, pela prática do fato delituoso assim narrado na inicial acusatória:

Na madrugada de 18 de março de 2012, por volta das 5h30min, na Rua Juscelino Kubitschek, 135, Bairro Rodrigues, Cunha Porã (SC), o denunciado **JANDIR LEANDRO BENDER** por motivo fútil e com emprego de fogo, agindo com manifesto *animus necandi*, pretendendo matar Sirlei Vais e Nelson Drumm, ateou fogo no veículo VW/Gol 1000, placas BZV-9668, de propriedade da vítima Nelson Drumm, o qual encontrava-se estacionado na garagem da residência em que dormia juntamente com a vítima Sirlei Vais, os filhos de Sirlei (Silvana de 8 anos, Bruna de 2 anos e Gabriel de 15 anos) e outra criança de 4 anos de idade, ocasionando perda total do veículo e da residência (Laudo Pericial de fls. 22-29),

Ao agir, o denunciado utilizou substância aceleradora para provocar o incêndio e sabia que o fogo ateado no veículo poderia se alastrar a toda a residência, assim como tinha ciência que nela dormiam as vítimas.

Por ocasião dos fatos, o denunciado **JANDIR LEANDRO BENDER** somente não atingiu seu intento de matar as vítimas Sirlei Vais e Nelson Drumm por razões alheias à sua vontade, eis que as vítimas acordaram devido ao barulho ocasionado pelo alarme e quebra dos vidros do veículo VW/Gol, oportunidade em que conseguiram sair da residência antes que o fogo tomasse conta de todo o local e os atingisse.

O denunciado **JANDIR LEANDRO BENDER** agiu por motivo fútil, pois atentou contra a vida das vítimas por ciúmes do atual companheiro da vítima Sirlei Vais, bem como por não aceitar o término do relacionamento com ela (fls. II-III).

Encerrada a instrução, o Magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia para desclassificar a conduta imputada ao réu para a infração preceituada no art. 250, § 1º, II, alínea "a", do Código Penal, condenando-o em seguida às penas de cinco anos e quatro meses de reclusão, a ser resgatada em regime inicialmente semiaberto, e pagamento de treze dias-multa, individualmente arbitrados à razão de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época do fato (fls. 312-316).

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação em que alega a nulidade da sentença por ofensa ao princípio da correlação, uma vez que a denúncia narrou a ocorrência, em tese, de um crime de homicídio duplamente qualificado, na forma tentada, e ao final houve condenação pelo delito de incêndio com a causa de aumento prevista no parágrafo 1º, inciso II, alínea "a", do art. 250 do Código Penal. Quanto ao mais, pretende a absolvição por insuficiência de provas acerca da autoria ou, em caso de entendimento diverso, a desclassificação da conduta para aquela descrita no art. 163 ou a prevista no art. 132, ambos do Estatuto Repressivo. Finalizando, pugna pela redução da reprimenda porque exacerbada e em desacordo com os elementos existentes nos autos, e prequestionamento dos arts. 383 do Código de Processo Penal e 250, 163, 132 e 61, II, "a" e "f", todos do Código Penal (fls. 326-336).

Em suas contrarrazões, a Promotora de Justiça oficiante pugna pela preservação da decisão vergastada (fls. 338-369).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça Paulo Roberto Speck, opinou pela decretação da nulidade da sentença, por violação aos princípios da ampla defesa, contraditório e unirecorribilidade (fls. 374-380).

É o relatório.

VOTO

Presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, conhece-se da irresignação e passa-se à análise do seu objeto.

Conforme relatado, o douto Magistrado desclassificou o fato, do delito de homicídio duplamente qualificado, na forma tentada, para a hipótese descrita no art. 250, 1º, inciso II, alínea "a", do Código Penal, condenando na sequência o apelante a uma pena total de cinco anos e quatro meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, e pagamento de treze dias-multa.

Tem razão a douta Procuradoria-Geral de Justiça ao arguir a nulidade do *decisum* vergastado, ao argumento de que a providência adotada pelo Magistrado, ao afastar a competência do Tribunal do Júri e imediatamente sentenciar o feito condenado o acusado por crime diverso, violou os princípios do contraditório, ampla defesa e unirrecorribilidade das decisões.

Isso porque o art. 419 do Código Instrumental preconiza que, em caso de desclassificação do fato para crime de competência estranha à conferida ao Tribunal Popular, devem os autos ser remetidos ao Juiz que seja competente para o julgamento da lide, até porque as partes terão a oportunidade de se manifestar sobre aquela decisão, antes mesmo que se defina a pena do acusado, ocasião em que poderão, inclusive, recorrer da decisão desclassificatória.

Confira-se o teor do mencionado dispositivo legal:

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

A respeito da matéria, esclarecedora a orientação do doutrinador Renato Brasileiro de Lima, no sentido de que se dê oportunidade às partes para manifestação acerca da decisão a que se refere o art. 419 do CPP, que é aquela que desclassifica a imputação inicial para delito não doloso contra a vida:

5.2. Procedimento a ser observado pelo juízo singular competente

Antes da reforma processual de 2008, o art. 410, em sua parte final, preceituava que, operando-se a desclassificação, deveria ser reaberto prazo para a defesa e indicação das testemunhas em qualquer caso. Portanto, com a desclassificação, e mesmo que o juiz sumariante também fosse o Juízo competente para julgar a infração desclassificada, como ocorre quando se trata de comarca de vara única, era obrigatória a reabertura de prazo para manifestação da defesa. Logo, não era possível que o juiz sumariante desclassificasse a imputação para crime não doloso contra a vida e, de plano, julgasse o acusado pelo novo delito, sob pena de violação à ampla defesa, já que o acusado, até aquele momento, defendia-se da imputação de crime doloso contra a vida, não podendo, pois, ser surpreendido com a condenação por crime de natureza distinta (v.g., latrocínio).

A nova redação do art. 419 do CPP silenciou quanto à oitiva da defesa, ou seja, nada disse quanto ao procedimento a ser observado perante o juízo singular competente para a infração desclassificada. Diante do silêncio do art.

419 do CPP, que faz menção apenas à remessa dos autos ao juízo competente, há quem entenda que o procedimento a ser observado passa pela aplicação da *emendatio* ou *mutatio libelli* (CPP, arts. 383 e 384, respectivamente). Portanto, se o juiz singular que recebeu os autos verifica que houve mera alteração da capitulação legal do fato, sem modificação da imputação constante da peça acusatória, pode sentenciar imediatamente, porquanto o acusado já terá exercido seu direito de defesa.

[...]

A nosso ver, ao receber os autos, e independentemente da hipótese de desclassificação, deve o juízo singular competente dar oportunidade às partes para que se manifestem e, eventualmente, requeiram a produção de provas, em fiel observância ao contraditório e à ampla defesa, sendo vedado proferir sentença de imediato.

[...]

5.1. Nova capitulação legal

Na decisão de desclassificação, a fim de se evitar indevida antecipação do juízo de mérito, deve o juiz sumariante se abster de fixar nova capitulação legal, ou seja, basta que o magistrado aponte a inexistência de crime doloso contra a vida (v. g., em virtude da ausência de prova do *animus necandi*). Isso porque a tarefa de classificar o delito pertence, doravante ao juiz singular que recebeu os autos, a quem caberá o julgamento (*Manual de processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 1.331-1.332).

Na mesma linha de raciocínio é a orientação de Edilson Mougenot Bonfim, o qual reafirma a impossibilidade de o sentenciante, ao afastar a competência do Tribunal Popular, estabelecer nova capitulação ao fato, sob pena de incorrer em prejulgamento. Confira-se:

Desclassificação. Quando o juiz se convencer, em discordância com a denúncia ou queixa, da existência de crime diverso dos referidos no art. 74, § 1º (crime doloso contra a vida), e não for competente para julgá-lo, remeterá o processo ao juiz que o seja (art. 419, *caput*).

Reconhecendo o juiz não se tratar de crime doloso contra a vida, se não tiver competência para julgá-lo, remeterá os autos ao juízo competente.

Insta ressaltar que, para a desclassificação, é imprescindível que se constate, de plano, a ausência de *animus necandi* na conduta do réu, de modo que, havendo dúvida, deverá o réu ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

O legislador não deu, entretanto, solução do procedimento a ser adotado no juízo competente, parecendo-nos que deva ser aberta oportunidade de manifestação às partes, podendo, inclusive, requererem a produção de provas, antes da prolação da sentença, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV).

[...]

Vale ressaltar que o juiz, na decisão em que entendeu tratar-se de crime diverso daqueles de competência do Júri, não deverá dar ao fato nova

qualificação jurídica, sob pena de prejulgamento (*Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 729).

Ainda sobre a inialibilidade de dar nova qualificação ao fato nesse ato processual, tem-se:

Ao desclassificar o crime, o juiz não poderá dizer para qual delito desclassificou, uma vez que estaria invadindo a esfera de competência do juízo monocrático e proferindo um prejulgamento dos fatos. Deverá, então, limitar-se a dizer que não se trata de crime doloso contra a vida (CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 641).

Para arrematar, transcreve-se a lição de Aury Lopes Júnior:

No que diz respeito à desclassificação própria, o revogado art. 410 do CPP previa que o juiz que recebesse o processo deveria reabrir ao acusado o prazo para defesa e indicação de testemunha. A nova redação do art. 419 do CPP silencia. Pensamos que o mais coerente é que seja reaberta a instrução, possibilitando-se às partes arrolarem testemunhas para que a prova seja colhida em relação a essa *nova imputação*, até porque, agora está consagrado o princípio da identidade física do juiz, sendo necessário que esse novo julgador colha a prova (*Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 807).

Não discrepam desse posicionamento doutrinário os julgados desta

Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO E CRIME CONEXO. DECISÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. CONCOMITANTE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS DELITOS DE LESÕES CORPORAIS GRAVES E DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. RECURSO DO ACUSADO.

NULIDADE, *EX OFFICIO*, DA SENTENÇA. JULGAMENTO DO DELITO DESCLASSIFICADO E DO CONEXO QUE, MESMO EM HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA CUMULATIVA, NÃO PODE SER REALIZADO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE CONCLUIU PELA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA UNIRRECORRIBILIDADE, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.

Uma vez "desclassificada a infração de crime doloso contra a vida para outra alheia à competência do Júri, o magistrado não deve tecer considerações sobre o crime conexo. Deve aguardar a preclusão da decisão e, após, remeter ambos os crimes - desclassificado e conexo - para julgamento perante o juiz competente. Embora não haja menção expressa no procedimento do júri, referida situação é tratada no art. 81, parágrafo único, do CPP, que, prevendo uma exceção à *perpetuatio jurisdictionis*, estabelece que, reconhecida inicialmente ao Júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração ou impronunciar ou absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do Júri, remeterá o processo ao Juízo competente"

(MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. p. 28).

"Reputa-se nula a sentença que, ao fim da primeira etapa do procedimento afeto ao Tribunal do Júri, opera a desclassificação do delito com base no art. 419 do CPP e, de imediato, condena o acusado pelo delito não doloso contra a vida, ainda que seja o juízo competente para tanto.

Assenta-se referida premissa no princípio da unirrecorribilidade recursal, de modo que, como regra, a carga decisória deverá comportar apenas um recurso, sob pena de mostrar-se eivada de vício insanável. É o caso de decisão que, ao mesmo tempo que opera a desclassificação para crime de competência do juiz singular, atacável via recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, II), acaba por proferir condenação passível de recurso de apelação (CPP, art. 593, I).

Além disso, 'ao receber os autos, independentemente da hipótese de desclassificação, deve o Juízo singular competente dar oportunidade às partes para que se manifestem e, eventualmente, requeiram a produção de provas, em fiel observância ao contraditório e à ampla defesa, sendo vedado proferir sentença de imediato' (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. vol. II. Niterói: Impetus, 2012, p. 394/395)" (TJSC, Ap. Crim. 2012.084133-1, Rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva, j. 26.8.14).

DECISUM DE PRIMEIRO GRAU ANULADO, DE OFÍCIO, PARA QUE OUTRO SEJA PROLATADO, A TEMPO E MODO, DEVENDO O MAGISTRADO ATENTAR PARA A VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA, PREJUDICADA A ANÁLISE DAS TESES RECURSAIS.

HABEAS CORPUS. ILEGALIDADE MANIFESTA (CPP, ART. 648, INC. IV). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA (Apelação Criminal n. 0000055-52.2014.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Sérgio Antônio Rizelo, j. 24-2-2016).

APELAÇÃO CRIMINAL. AGENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES (ART. 121, CAPUT, C/C DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA PARA A FORMA CULPOSA (ART. 121, § 3º, DO CÓDIGO PENAL) REALIZADA QUANDO FINDADA A INSTRUÇÃO PRELIMINAR. CONDENAÇÃO DIRETA PELO MAGISTRADO. INVIABILIDADE. NULIDADE ABSOLUTA REQUERIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA UNIRRECORRIBILIDADE, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO VERIFICADOS. NECESSIDADE DE CASSAÇÃO, DE OFÍCIO, DO DECISUM. RECURSO DEFENSIVO PREJUDICADO.

Reputa-se nula a sentença que, ao fim da primeira etapa do procedimento afeto ao Tribunal do Júri, opera a desclassificação do delito com base no art. 419 do CPP e, de imediato, condena o acusado pelo delito não doloso contra a vida, ainda que seja o juízo competente para tanto.

Assenta-se referida premissa no princípio da unirrecorribilidade recursal, de modo que, como regra, a carga decisória deverá comportar apenas um recurso, sob pena de mostrar-se eivada de vício insanável. É o caso de decisão que, ao mesmo tempo que opera a desclassificação para crime de competência

do juiz singular, atacável via recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, II), acaba por proferir condenação passível de recurso de apelação (CPP, art. 593, I). (Apelação Criminal n. 2014.065742-4, de Rio Negrinho, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 3-2-2015).

Por outro lado, há se anotar que a providência se mostra necessária, ainda que se trate de comarca provida de vara única, tal como ocorre na espécie, dada a importância da estrita observância da norma acima transcrita, que pressupõe a garantia de que as partes terão oportunidade para questionar a decisão tanto quanto a terão para apresentar defesa de mérito.

Resumidamente, convencido o juiz, pela apreciação da prova, da existência de crime que não é da competência do Júri, em desacordo com a denúncia, não pode sentenciar o feito, devendo remetê-lo para o juiz competente para crimes submetidos ao rito ordinário ou sumário, onde será aberto prazo à defesa para indicação de testemunhas e observância do disposto no art. 396 e seguintes do Código de Processo Penal. É que toda a defesa do réu fora concebida sobre fatos inicialmente classificados como ensejadores de crime doloso contra a vida e não de crime contra a incolumidade pública.

A falta desta oportunidade enseja a nulidade da decisão, por cerceamento de defesa, mesmo porque, se o magistrado de primeiro grau desclassifica a conduta inicialmente atribuída pelo representante do *Parquet* e já condena o acusado por outro crime, também suprime uma instância a que este teria direito, o que não se pode admitir.

Ante o exposto, o voto é no sentido de ser decretada a nulidade da sentença vergastada, diante da reconhecida violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como da unirrecorribilidade, para que seja proferido novo *decisum* em estrita observância ao disposto no art. 413 e seguintes do Códex Instrumental, prejudicada a análise da matéria recursal remanescente.