



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Criminal

Avenida Borges de Medeiros, 1565 – Porto Alegre/RS – CEP 90110-906

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5001208-33.2018.8.21.0101/RS

TIPO DE AÇÃO: Homicídio qualificado (art. 121, § 2º)

RELATOR: DESEMBARGADOR RINEZ DA TRINDADE

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AUTOR)

APELANTE: EDSON ANTONIO DE MOURA (ACUSADO)

APELADO: OS MESMOS

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos pelo **Ministério Público** e por Marcelo de Vargas Scherer e Maurício Futryk Bohn, advogados, em favor de **EDSON ANTONIO DE MOURA**, contra a sentença do Tribunal do Júri que condenou o réu pela prática dos delitos de homicídio qualificado e estelionato.

Em suas razões recursais, o *Parquet* fez breve relato dos fatos. Postulou a valoração de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal em relação aos delitos de homicídio e de estelionato. Postulou, ainda, o reconhecimento da agravante de crime praticado contra idoso, previsto no art. 61, inc. II, alínea "h", do Código Penal. Defendeu, na segunda fase da dosimetria, a não compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea (processo 5001208-33.2018.8.21.0101/RS, evento 3, PROCJUDIC27 - fl. 27 a processo 5001208-33.2018.8.21.0101/RS, evento 3, PROCJUDIC28 - fl. 13).

Em suas razões recursais, a defesa fez breve relato dos fatos. Postulou o reconhecimento de nulidade posterior a pronúncia, qual seja, a de constituição de defensor dativo em favor do réu no dia antecessor da sessão plenária. Defendeu a violação do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 456 e 479 do Código de Processo Penal. Ainda, a defesa pugnou pelo reconhecimento de outra nulidade ocorrida após a pronúncia, qual seja, de utilização em debates orais de prova juntada na véspera da sessão plenária. Defendeu a ocorrência de violação do art. 401, §2º, do CPP, diante da recusa de dispensa de testemunha exclusiva. Saliou a ocorrência de nulidade na sessão plenária, haja vista a utilização de argumento de autoridade, violando-se o disposto no art. 478 do CPP. No mérito, asseverou acerca da hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Quanto à dosimetria da pena, a defesa postulou o redimensionamento das penas de homicídio e de estelionato. por fim, pugnou pelo provimento do recurso (processo 5001208-33.2018.8.21.0101/RS, evento 3, PROCJUDIC29 - fl. 07 a processo 5001208-33.2018.8.21.0101/RS, evento 3, PROCJUDIC30 - fl. 07).

5001208-33.2018.8.21.0101

20002896271.V25



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Criminal

Foram apresentadas as respectivas contrarrazões por ambas as partes (processo 5001208-33.2018.8.21.0101/RS, evento 3, PROCJUDIC30).

Subiram os autos para este Tribunal de Justiça.

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça ofereceu parecer, de lavra da Dra. Ana Rita Nascimento Schinestsck, manifestando-se pelo improvimento do recurso defensivo (evento 18, PARECER1).

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Eminentes Desembargadores.

Conheço os recursos, uma vez que tempestivos e atendidos os demais pressupostos para admissibilidade.

O Ministério Público interpõe recurso de apelação com fundamento no art. 593, inc. III, alínea "c", do Código de Processo Penal, a fim de que a pena do acusado seja exasperada.

A defesa, por sua vez, interpõe o recurso de apelação embasada em diversos fundamentos, quais sejam: **I)** art. 593, inc. III, alínea "a", do CPP, diante da ocorrência de nulidades após a pronúncia; **II)** art. 593, inc. III, alínea "c", do CPP, tendo em vista erro no tocante à aplicação da pena; **III)** e, por fim, art. 593, inc. III, alínea "d", do CPP, haja vista a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos.

Adianto, de pronto, que **assiste razão à defesa**, no que diz respeito à ocorrência de nulidade posterior a pronúncia.

**DA OCORRÊNCIA DE NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA.
VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA.**



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Criminal

Inicialmente, a defesa alega a ocorrência de violação à ampla defesa e ao contrário, tem em vista a constituição de defensor dativo em favor do réu no dia que antecedeu a Sessão Plenária.

Compulsando os autos, verifica-se que a Defensoria Pública, por meio do Dr. Igor Menini da Silva, apresentou justificativa para não continuar na representação do acusado no **dia 21 de setembro de 2021**.

A justificativa foi embasada no pedido da testemunha **Janete**, ex-companheira do acusado, de que fosse representada pela Defensoria Pública em possíveis medidas criminais contra o acusado, uma vez que este vinha a ameaçando acerca do teor do depoimento a ser prestado perante o Conselho de Sentença.

Diante do conflito dos interesses das partes, já que inviável a representação, ao mesmo tempo, do réu nesta persecução penal e da sua ex-companheira nos novos fatos, o Defensor Público requereu a nomeação de um advogado dativo para o réu **Edson** (processo 5001208-33.2018.8.21.0101/RS, evento 3, PROCJUDIC26 - fl. 41).

O juízo *a quo*, no dia **22 de setembro de 2021**, acolheu a justificativa e nomeou o Dr. Ricardo Pereira Cantergi como advogado dativo, diante da existência de um único Defensor Público na Comarca de Gramado (processo 5001208-33.2018.8.21.0101/RS, evento 3, PROCJUDIC26 - fl. 43).

Neste mesmo dia foi providenciada a intimação do réu acerca da alteração do seu procurador e viabilizado, por meio de videoconferência, o contato do acusado com o seu defensor dativo, às 16h30min, via Sistema Cisco *WEBEX* (processo 5001208-33.2018.8.21.0101/RS, evento 3, PROCJUDIC26 - fl. 45).

No dia seguinte, às 14h do dia **23 de setembro de 2021**, foi realizada a Sessão Plenária de julgamento do réu, que culminou na sua condenação pela prática dos crimes de homicídio qualificado e estelionato contra a vítima Guido.

Pois bem.

A situação dos autos, embora pareça inusitada, é absolutamente possível no campo dos acontecimentos e deve perceber as consequências legais dela decorrentes.

O Código de Processo Penal prevê, em seu art. 456, os seguintes procedimento em caso de ausência do procurador do acusado:



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Criminal

Art. 456. Se a falta, sem escusa legítima, for do advogado do acusado, e se outro não for por este constituído, o fato será imediatamente comunicado ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, com a data designada para a nova sessão.

§ 1º Não havendo escusa legítima, o julgamento será adiado somente uma vez, devendo o acusado ser julgado quando chamado novamente.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, o juiz intimará a Defensoria Pública para o novo julgamento, que será adiado para o primeiro dia desimpedido, observado o prazo mínimo de 10 (dez) dias.

Compreende-se da leitura do referido artigo que o procedimento do Tribunal do Júri prevê mecanismos de efetivação da ampla defesa e do contraditório, ao dispor que a constituição de novo defensor às pressas ocasiona o adiamento da Sessão Plenária, pelo **prazo mínimo de dez dias**.

Necessário, de pronto, fazer a pertinente diferenciação dos casos em que há legítima escusa e os que não são por ela alcançados.

Acerca do assunto, Nucci¹ ensina:

*"[...] em primeiro lugar, deve-se frisar que, **havendo escusa legítima, adia-se a sessão de julgamento**, sem qualquer outra providência. É preciso que a justificativa seja oferecida ao magistrado até a abertura da sessão em plenário.*

*Se não houver motivo razoável, há de se ponderar quem é o defensor: **a) constituído (contratado pelo acusado): o juiz comunica à OAB, seção local, marcando nova data para o julgamento**. Nesta, o réu deverá ser, necessariamente, julgado (§ 1.º). Para tanto, pode o réu apresentar outro defensor constituído, logo após a determinação de adiamento. Não o fazendo, o magistrado intima a Defensoria Pública para que assuma o patrocínio da defesa, **observado o prazo mínimo de dez dias**; **b) dativo (advogado nomeado pelo juiz): comunica-se a OAB, seção local, designando-se outra data para o julgamento**. O magistrado deve nomear outro dativo ou, conforme a Comarca, encaminhar o caso à Defensoria Pública; **c) defensor público: comunica-se a Defensoria Pública, solicitando-se outro defensor para comparecimento à nova sessão**.*

[...]"

Conforme dispõe a referida doutrina, havendo escusa legítima, deve ser necessariamente operada a designação de nova data da Sessão Plenária.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Criminal

Do mesmo modo, para os casos em que não há escusa legítima, independentemente da providência a ser tomada pelo juízo de conhecimento, deve ser determinado o adiamento da Sessão Plenária.

A designação de nova data para o julgamento, **quando realizada a alteração da representação do acusado**, busca justamente possibilitar o exercício da ampla defesa pelo procurador, que deverá analisar os autos, instruir devidamente o acusado, decidir pela tese defensiva, verificar a lista de jurados e tomar todas as outras providências inerentes ao exercício da sua profissão.

No caso em concreto, ainda que legítima a escusa apresentada pela Defensoria Pública, tendo em vista a colidência dos interesses do acusado e da testemunha - agora vítima das ameaças do réu -, a troca do procurador do réu enseja a imprescindível designação de nova data para o julgamento.

Conforme já relatado, o novo procurador teve menos de **01 (um) dia** para tomar ciência dos autos e buscar a melhor prestação do exercício de defesa no caso em concreto, o que configura evidente violação ao devido processo legal a que o réu está submetido.

Nesse sentido, o período de **10 (dez) dias** previsto no §2º do art. 456 do Código de Processo Penal se atenta justamente para a instituição de tempo hábil para que seja procedida a defesa do acusado.

Ademais, é por esse motivo, inclusive, que o art. 479 do referido diploma legal impossibilita a utilização de documentos que não tenham sido juntados com antecedência mínima de **03 (três) dias** ao julgamento e que não tenham sido ofertados ao contraditório.

Assim prevê o dispositivo:

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Em suma, não deve haver espaço para surpresas no procedimento, ainda mais em circunstâncias que fragilizem o direito de defesa.

Poder-se-ia discutir que, no caso em tela, trata-se apenas de nulidade relativa, uma vez que o réu teve representante ao seu lado no dia do julgamento, não configurando como absoluta a nulidade de ausência de defesa.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Criminal

Contudo, ainda que se falasse em nulidade relativa, haja vista a flagrante deficiência imposta ao exercício de defesa, esta deve ser reconhecida, **pois o prejuízo ao acusado é indiscutível.**

Acerca do assunto, é impositivo o enquadramento do caso no entendimento da **Súmula 523 do STF**: "*no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*"

Desse modo, demonstrada a flagrante violação à ampla defesa e ao contraditório, entendo ser o caso de reconhecer a nulidade ocorrida após a pronúncia, desconstituir a Sessão Plenária ocorrida no dia 23 de setembro de 2021 e determinar, por fim, a realização de **novo julgamento.**

Os demais pedidos, sejam defensivos, sejam do órgão acusatório, vão prejudicados.

Por oportuno, diante da providência cima determinada, entendo por adequado, de ofício, revogar a prisão preventiva do paciente, substituindo-a por medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: **a)** apresentação quinzenal em juízo; **b)** impossibilidade de afastamento da Comarca por mais de 15 dias sem anuência do Juízo de primeiro grau; **c)** recolhimento noturno de segunda à sábado, das 20h às 06h, e domingos e feriados durante o dia inteiro.

Por todo o exposto, voto por **dar provimento** ao recurso defensivo, a fim de, reconhecendo a nulidade ocorrida após a pronúncia, desconstituir a Sessão Plenária ocorrida no dia 23 de setembro de 2021 e determinar a realização de **novo julgamento**, e **conceder**, de ofício, a liberdade provisória ao acusado, mediante **a)** apresentação quinzenal em juízo; **b)** impossibilidade de afastamento da Comarca por mais de 15 dias sem anuência do Juízo de primeiro grau; **c)** recolhimento noturno de segunda à sábado, das 20h às 06h, e domingos e feriados durante o dia inteiro. **Expeça-se alvará de soltura** em favor de **EDSON ANTONIO DE MOURA**, se por outro motivo não estiver preso. O paciente deverá ser cientificado e compromissado das condições impostas, bem como das consequências em caso de descumprimento.

Documento assinado eletronicamente por **RINEZ DA TRINDADE, Desembargador Relator**, em 3/11/2022, às 19:4:58, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20002896271v25** e o código CRC **48a768d7**.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
3ª Câmara Criminal

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): RINEZ DA TRINDADE
Data e Hora: 3/11/2022, às 19:4:58

1. NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 15. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

5001208-33.2018.8.21.0101

20002896271 .V25