

Parecer nº 37308/2023-REFD
PGR-MANIFESTAÇÃO-401322/2023

RECURSO ESPECIAL N. 2062459/RS

RECORRENTE: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

RECORRIDO : ----

RECORRIDO : ----

RECORRIDO : ----

RECORRIDO : ----

RELATOR : Ministro Rogério Schietti Cruz

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator,
Egrégia Sexta Turma,

**PROCESSO PENAL E PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. BOATE
KISS. 877 HOMICÍDIOS QUALIFICADOS: 241 CONSUMADOS
E 636 TENTADOS. QUATRO RÉUS. CONDENAÇÃO.
NULIDADES RELATIVAS PRECLUSAS E INEXISTENTES.
OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PROVIMENTO DO
RECURSO.**

1. O Ministério Público Federal é chamado a pronunciar-senestes autos na condição de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Constituição, artigo 127).

2. Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 105-III-a da Constituição, contra acórdão do Tribunal de Justiça que anulou a sentença condenatória dos quatro réus, ao declarar diversas nulidades relativas no julgamento pelo Tribunal do Júri relativo aos homicídios qualificados consumados e tentados, ocorrido na Boate Kiss, em Santa Maria (RS), em 27 de janeiro de 2013.

3. Para um adequado exame das questões recursais, é necessário esclarecer o sistema legal de nulidades no processo penal, e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

4. As nulidades absolutas definidas na lei processual pensão aquelas violadoras da garantia constitucional de que ninguém será privado de sua liberdade sem a garantia do devido processo legal (Constituição, artigo 5º-LIV). É matéria de interesse público e de direito individual, que compõe o regime jurídico de direitos e liberdades que o Ministério Público está incumbido de zelar e fazer cumprir, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127 da Constituição. A proteção ao devido processo legal em matéria penal é, portanto, matéria de interesse público de estatura constitucional, que compõe e ultrapassa o mero interesse subjetivo das partes. A não observância de princípios do devido processo legal, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, por representarem garantias de um processo penal legal, são consideradas nulidades absolutas.

5. Nulidade relativa é aquela cuja preclusão não afeta a liberdade do acusado e tutela a evolução instrutória e processual. Por isso, as nulidades relativas sempre: i) exigem a comprovação de prejuízo; e ii) devem ser alegadas em momento oportuno, sob pena de preclusão temporal.

6. A jurisprudência do STJ tem se orientado no sentido de que *"em homenagem ao art. 563 do CPP, não se declara a nulidade do ato processual - seja ela relativa ou absoluta - se a arguição do vício não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief"* (AgRg no AREsp n. 1.330.009/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 28/3/2022).

7. Além disso, é assente no STJ que *"mesmo as nulidades apontadas como absolutas também devem ser alegadas no momento adequado, sujeitando-se à preclusão temporal"* (AgRg no HC n. 599.554/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 25/2/2022).

8. As nulidades devem ser arguidas na primeira oportunidade em que a defesa tomar ciência do fato, levando-se ao conhecimento do juízo a ocorrência do vício e o efetivo prejuízo, sob pena de preclusão.

9. As questões trazidas neste recurso serão desatadas com base nas premissas acima delineadas: as nulidades serão examinadas caso tenham sido arguidas tempestivamente e o prejuízo experimentado esteja comprovado. Caso, ao contrário, tenha havido preclusão e/ou falta de demonstração de prejuízo, as nulidades serão afastadas.

10. No recurso especial, o Ministério Público pede a reforma do acórdão que anulou o julgamento pelo Tribunal do Júri com base em nulidades relativas.

11. A primeira nulidade relativa refere-se ao procedimento adotado pelo Juiz-Presidente para sorteio dos jurados. Esta nulidade relativa foi declarada pelo Tribunal de Justiça para anular a condenação por duas razões: (i) elevado número de suplentes sorteados e (ii) 04 (quatro) jurados que compuseram o Tribunal do Júri foram sorteados no último sorteio, já praticamente na metade do prazo previsto no Código de Processo Penal. O Ministério Público argui que a anulação violou os artigos 433-*caput* e §1º; 565, 571-V e 572-I e III do Código de Processo Penal.

12. De fato, não há nulidade absoluta no ato de se convocar suplentes a fim de garantir a realização do Júri. Ainda que se cogitasse de excessivo número de suplentes a dificultar o procedimento de exclusão pela defesa dos réus, a hipótese é de nulidade relativa, que se sujeita a preclusão temporal e a demonstração do prejuízo. Em relação à preclusão, o momento oportuno para as defesas se manifestarem, neste caso, não é logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 463-§1º do CPP), mas antes da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, e na primeira oportunidade em que tiverem ciência do ato.

13. Apenas a defesa de um dos réus se manifestou antes da sessão de julgamento do Tribunal do Júri. Contudo, não afastou a preclusão porque não impugnou o sorteio do dia 03/11/21, limitando-se a alegar intenção de manifestar-se em

Plenário. Não houve insurgência específica contra o sorteio do dia 17/11/21.

14. O último sorteio, ocorrido em 24 de novembro de 2021, foi impugnado a tempo, em 22 de novembro, sob o fundamento de que precedia o julgamento em apenas cinco dias úteis. Não houve preclusão, mas não houve demonstração de prejuízo. É que o Tribunal de Justiça declarou a nulidade apenas com base no prazo de cinco dias (art. 433-§1º do CPP). Todavia, não houve demonstração de prejuízo, já que nenhum dos jurados ali sorteados compôs o Conselho de Sentença, de modo que não é hipótese de reconhecimento de nulidade, com fundamento no art. 563 do CPP.

15. O Ministério Público também se insurge contra a anulação do julgamento por ter havido reunião reservada do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri com o Conselho de Sentença, sem a presença da acusação ou da defesa dos réus. Alega, com razão, ofensa aos arts. 563, 566, 571-VIII, 572-I e III do Código de Processo Penal pois a matéria caracteriza nulidade relativa, de modo que a questão está preclusa, pois não foi arguída em Plenário, nem foi requerido que constasse da ata de julgamento. A defesa não demonstrou prejuízo decorrente desta reunião, indispensável para que se reconheça a nulidade.

16. O Ministério Público recorre ainda da declaração de nulidade por defeitos nos quesitos nº 02 e 04. Alega violação aos arts. 480-§1º, 482, 484, 564, parágrafo único, 571-VIII, 572-I do Código de Processo Penal. O Tribunal anulou o segundo quesito porque referia-se a circunstâncias que haviam sido extirpadas no julgamento do recurso em sentido estrito interposto contra a sentença de pronúncia. Estas circunstâncias consistem nos seguintes trechos: *“além de prévia e genericamente ordenar aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem o pagamento das despesas de consumo e bebida”* (réus ----) e *“saíndo do local sem alertar o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação, mesmo podendo fazê-lo, já que tinham acesso fácil ao sistema de som da boate”* (réus ---- e ----). Também declarou a nulidade do quarto quesito, por arrastamento, em razão da expressão *“assim agindo”*, por estabelecer conexão com o segundo quesito.

17. Tem razão o recorrente porque trata-se de nulidade relativa que precluiu e não houve prova de prejuízo. De fato, pelo art. 484 do Código de Processo Penal, após formular os quesitos o juiz-presidente os lerá, indagando às partes se têm qualquer objeção a fazer, o que deverá constar obrigatoriamente em ata. Por se tratar de nulidade relativa, nos termos do art. 571-VIII do CPP, deverá ser arguida logo após o julgamento em Plenário, sob pena de preclusão. É necessária, além disso, a comprovação de prejuízo.

18. Houve preclusão porque a petição da defesa de um dos réus solicitou de forma genérica e no início da abertura dos trabalhos do Júri que o juiz levasse em conta a sentença de pronúncia, mas não impugnou o quesito, depois de

formulado, pelo que não afastou a preclusão. Este quesito foi também impugnado na apelação, quando já estava precluso.

19. Quanto ao quarto quesito, embora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenha considerado que foi impugnado em plenário, na verdade, naquele momento, não se impugnou a expressão “assim agindo”, que levou o Tribunal à declaração de nulidade, mas apenas a ausência de outras expressões que a defesa considerava essenciais para caracterizar o dolo eventual.

20. A irresignação específica contra a expressão “assim agindo”, constante do quarto quesito, só foi suscitada pela defesa de um dos réus nas razões de apelação, quando já estava preclusa. O quarto quesito, ademais, foi declarado nulo por arrastamento, em consequência da nulidade do segundo. Restabelecida a validade do segundo quesito, automaticamente, o quarto quesito volta a valer.

21. O Ministério Público pede a reforma da parte do acórdão que anulou a sentença condenatória por violação ao princípio da correlação entre a denúncia e acusação em plenário. A inovação teria consistido na referência, durante a réplica, à “teoria da cegueira deliberada”, pelo Promotor de Justiça. Alega violação aos arts. 476 e 563 do Código de Processo Penal.

22. Com razão o Ministério Público. A menção à “teoria da cegueira deliberada” não constou da quesitação, tampouco da imputação. Foi usada na réplica, pelo Promotor de Justiça, como reforço argumentativo para rebater argumento da defesa, que a rebateu na tréplica, com contraditório e ampla defesa. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a diversidade de razões arguidas nos debates orais, como a indicação de condutas plúrimas e distintas às definidas na sentença de pronúncia, não ampliam o limite decisório julgado nem violam ao princípio da correlação” (REsp 1.752.018/MT, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 21/05/2019).

23. A correlação que deve ser observada é aquela entre a acusação constante na sentença de pronúncia, os quesitos feitos aos jurados, e o julgamento decorrente das respostas dos jurados. Não se estende às argumentações manifestadas, escrita ou oralmente, durante o processo. Ademais, a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar a ocorrência do prejuízo no caso em apreço.

24. Por fim, os embargos de declaração, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, destinam-se ao aprimoramento da prestação jurisdicional, por meio da retificação do julgado que se apresenta omissivo, ambíguo, contraditório ou com erro material. Visa o esclarecimento ou a complementação da decisão. As questões recursais foram decididas pelo Tribunal de Justiça, na apelação e nos embargos de declaração. Portanto, não há ofensa ao art. 619 do CPP.

- Parecer pelo provimento do recurso especial para afastar as nulidades e reformar o acórdão que anulou a condenação pelo Tribunal do Júri, restabelecer a sentença condenatória e determinar a prisão preventiva dos réus.

I

O Ministério Público Federal é chamado a pronunciar-se nestes autos na condição de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Constituição, artigo 127).

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 105-III-a da Constituição, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, por maioria de votos, deu provimento à apelação dos réus e anulou a decisão do Tribunal do Júri, na Ação Penal nº 001/2.20.0047171-0 (Apelação Criminal nº 5123185-30.2020.8.21.0001/RS).

Consta da denúncia que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul denunciou ----- pela prática de 241 crimes de homicídio qualificado consumado (art. 121-§2º-I e II do Código Penal) e de 636 crimes de homicídio qualificado tentado (art. 121-§2º-I e II c/c art. 14-II do Código Penal), correspondentes ao número de vítimas do incêndio da Boate Kiss, em Santa Maria (RS), com fundamento no art. 29-*caput* e no art. 70, primeira parte, do Código Penal.

Os 877 crimes de homicídio qualificado, na forma consumada e tentada, imputados na denúncia aos quatro réus foram praticados em 27 de janeiro de 2013, na Boate Kiss, em Santa Maria/RS, assim introduzidos na denúncia (e-STJ fls. 22):

[...]

Na ocasião, durante uma festa de universitários denominada “Agromerados”, houve a realização do show da banda “Gurizada Fandangueira”, tendo todos os denunciados concorrido, conforme adiante descrito, para a utilização de um fogo de artifício identificado como “Chuva de Prata 6” [...], cujas centelhas entraram em contato com a espuma altamente inflamável [...] que revestia parcialmente paredes e teto do estabelecimento, principalmente junto ao palco, desencadeando fogo e emissão de gases tóxicos, que foram inalados pelas vítimas, as quais não conseguiram sair do prédio a tempo em razão das péssimas condições de segurança e evacuação do local, acabando intoxicadas pela fumaça.

Após o recebimento da denúncia, os réus foram processados e julgados pelo Tribunal do Júri.

----- foi condenado à pena de 22 (vinte e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão;
----- a 19 (dezenove) anos e 06 (seis) meses de reclusão; -----, a 18 (dezoito) anos de

reclusão. A cada um foi imposto o regime fechado para início de cumprimento da pena (e-STJ fls. 25.553/25.596).

Contra a sentença condenatória, os réus ajuizaram apelação criminal no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por maioria de votos, anulou o julgamento e revogou a ordem de prisão preventiva. O acórdão tem esta ementa (e-STJ fls. 62.812/62.816):

APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS. TRIBUNAL DO JÚRI. INCÊNDIO DA BOATE KISS. PRELIMINARES ACOLHIDAS, POR MAIORIA. NULIDADE DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI DECLARADA, POR MAIORIA.

- NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. ART. 571, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REALIZAÇÃO DE TRÊS SORTEIOS (UM PRINCIPAL E DOIS SUPLEMENTARES) DE JURADOS PARA FORMAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. NÚMERO EXCESSIVO DE JURADOS - 305 (TREZENTOS E CINCO). NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA REALIZAÇÃO DO SORTEIO. SUBSTITUIÇÃO PELO JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI, DE OFÍCIO, DA FÓRMULA EXPRESSA NO ART. 433, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL POR PROCEDIMENTO OUTRO NÃO PREVISTO PELO LEGISLADOR. VIOLAÇÃO DA PROVIDÊNCIA LEGAL QUE VISA A ASSEGURAR A IMPARCIALIDADE OBJETIVA DO TRIBUNAL DO JÚRI EM FAVOR DA IGUALDADE, PARIDADE DE ARMAS E PLENITUDE DE DEFESA. OFENSA AO ARTIGO 5º, XXXVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO EM FACE DAS SUCESSIVAS ARGUIÇÕES DE NULIDADE DEPOSITADAS TEMPESTIVAMENTE PELA DEFESA DE ---- SENDO SEGUIDO PELAS DEFESAS E ---- E ----. NULIDADE DECLARADA, POR MAIORIA.

O legislador constituinte posicionou emblematicamente o Tribunal do Júri no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivas (Art. 5º, inciso XXXVII) da Constituição Federal, instituindo-o cláusula pétrea, assegurando expressamente a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos.

No Tribunal do Júri a forma, mais do que em qualquer outro rito de natureza processual penal, tem marcada natureza constitutiva e estrutural - *forma dat esse rei* -, considerando-se que o Conselho de Sentença, diferentemente dos juízes togados, que, de regra, têm jurisdição sempre e plena, é composto por julgadores leigos para o ato, razão pela qual a forma constitui garantia da imparcialidade objetiva do Jurado em favor da igualdade, da paridade de armas e da plenitude de defesa, princípios insculpidos na Constituição Federal, gerando, sua inobservância, nulidade absoluta.

O sorteio dos 25 (vinte e cinco) jurados que comporão o Tribunal do Júri tem de ser obrigatoriamente realizado entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedentes à instalação da reunião periódica ou extraordinária, para que tanto a acusação quanto a defesa possam proceder a uma investigação mais profunda dos jurados, dentre os quais 07 (sete) comporão o Conselho de Sentença.

No caso em atenção a fórmula expressa no Art. 433, § 1º, do Código de Processo Penal, que prevê o prazo de 10 (dez) a 15 (quinze) dias úteis antes da sessão para o Ministério Público e a defesa investigarem os 25 (vinte e cinco) cidadãos e cidadãs sorteados, foi substituída, de ofício, pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri por procedimento outro ao arrepio da lei.

Defesas técnicas que tiveram, respectivamente, 20 (vinte) dias úteis para investigar 150 (cento e cinquenta) jurados, 10 (dez) dias úteis para investigar mais 88 (oitenta e oito) jurados, e, ao fim, 05 (cinco) dias úteis para examinar mais 67 (sessenta e sete) jurados, aqui já sem obediência ao prazo legal (somente metade do prazo legal), sendo que dos 25 (vinte e cinco) jurados que compuseram o Tribunal do Júri, i. é, que tiveram seus nomes colocados na urna, 13 (treze) deles foram oriundos do primeiro sorteio (03/11/2021), 02 (dois) do segundo (17/11/2021) e 04 (quatro) do último sorteio (24/11/2021), aqui flagrantemente fora do prazo legal.

O prazo exíguo e o elevadíssimo número de jurados (305) causou prejuízo concreto às Defesas, impossibilitando-as de exercerem o pleno exercício legal das recusas, bem como arguições de impedimentos, suspeições e incompatibilidades, tendo a Defesa do réu ----se manifestado expressamente, por petições escritas e tempestivas, contrariamente à realização dos sorteios na forma como operados, fazendo-o em diversas oportunidades e muito antes da realização do sorteio principal, o que afasta a preclusão, ainda que não se tratasse de nulidade absoluta.

- NULIDADE DO JULGAMENTO. REUNIÃO RESERVADA DO JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI COM O CONSELHO DE SENTENÇA EM MEIO À SESSÃO PLENÁRIA. ATOS PROCESSUAIS EM PLENÁRIO QUE TÊM DE SER OBRIGATORIAMENTE REALIZADOS NA PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA(S) DEFESA(S). VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ACUSATÓRIO, DA TRANSPARÊNCIA OBRIGATÓRIA DOS ATOS DO PODER JUDICIÁRIO E DA PLENITUDE DE DEFESA. NULIDADE DECLARADA, POR MAIORIA.

Ainda que o Tribunal do Júri admita excepcionalmente alguma flexibilidade de fórmulas, tal excepcionalidade somente pode ocorrer de molde a não deformar o núcleo do ato jurídico-processual e a sua capacidade intrínseca de impugnação pelas partes.

A discricionariedade do Juiz Presidente do Tribunal do Júri é limitada, competindo-lhe tão-somente conduzir o processo conforme o rito previsto na lei, e, em caso de condenação, fixar as penas de forma simples e objetiva.

Diferentemente do que previa a lei anterior (Art. 476 revogado), que colocava o juiz junto com os jurados na sala secreta quando eles quisessem examinar os instrumentos do crime, descansar ou ter refeições etc., para que ele fiscalizasse não só a incomunicabilidade, mas também que um jurado não influenciasse o outro, a lei em vigor preza, com rigor, os princípios acusatório e da transparência dos atos do Poder Judiciário, ambos de assento constitucional.

É corolário lógico e jurídico, portanto, que todos os atos processuais durante a sessão plenária, sejam eles decisórios ou mesmo de mera orientação aos jurados, têm de ser realizados obrigatoriamente senão sob olhos e ouvidos de todos, pelo menos do Ministério Público e da Defesa, e que todos os atos têm necessariamente de ficar registrados permitindo sua impugnação pelas partes.

No caso em julgamento o Juiz Presidente do Tribunal do Júri, às 04h02min, conforme vídeo que está hospedado no Youtube (<https://www.youtube.com/watch?v=QIAEn5pThh8>), inadvertidamente parou o curso do julgamento e convocou os jurados para uma reunião extraordinária em privado, realizando-a sem a presença do Ministério Público, das Defesas e longe do público.

Ato discricionário, reservado, sem previsão legal, que nulifica o Júri, até mesmo porque não tiveram as partes sequer a possibilidade de impugná-lo quanto ao seu conteúdo, pois dele desconhecem.

Caso em que a motivação desse ato de interrupção/suspensão da sessão plenária pelo Juiz do Tribunal do Júri desimporta. Tenha sido o ato gerado por mero lapso causado pelo cansaço de longas horas de julgamento ou por eventuais questões urgentes de

qualquer tipo, fato é que o conteúdo do ato, em reservado, não foi registrado por escrito ou por qualquer mídia, não admitindo, assim, irresignação das partes. Nesses termos, o ato processual está categorizado como nulidade absoluta.

Declaração de nulidade que se limita estritamente ao ato em si, não atingindo a função judicante muito menos a pessoa do Magistrado, de reconhecida reputação ilibada e profundos conhecimentos jurídicos, **não havendo falar em parcialidade ou suspeição qualquer.**

- NULIDADE DA QUESITAÇÃO. NULIDADE DO 02º QUESITO POR EXCESSO ACUSATÓRIO. INCLUSÃO DE ELEMENTOS FÁTICOS QUE TINHAM SIDO EXCLUÍDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 70071739239 E NÃO HAVIAM SIDO OBJETO DE POSTERIOR ALTERAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. 04º QUESITO NULO POR ESTABELECEER CONEXÃO COM O 2º QUESITO. NULIDADE DECLARADA, POR MAIORIA.

Algumas das imputações que haviam sido feitas na denúncia aos réus foram expressamente excluídas da decisão de pronúncia quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 70071739239. Nada obstante, foram utilizadas no 2º quesito, em relação a todos os réus, parcelas acusatórias que haviam sido excluídas pelo Tribunal de Justiça e não faziam mais parte da decisão de pronúncia, violando o princípio da correlação entre a denúncia e a pronúncia e a sentença.

O 4º quesito foi redigido com a utilização da expressão “Assim agindo”, estabelecendo conexão com o 02º quesito, razão pela qual o 4º quesito, por derivação, também é nulo.

DEMAIS PRELIMINARES REJEITADAS, VENCIDO O DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (REVISOR) NA SEGUINTE PRELIMINAR:

- NULIDADE DO 02º QUESITO POR AUSÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS NORMATIVOS CONTIDOS NA DENÚNCIA. PREJUÍZO CARACTERIZADO.

O Art. 482, parágrafo único, do Código de Processo Penal, dispõe que os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na elaboração dos quesitos o Juiz Presidente do Júri levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.

No caso dos autos a ausência do elemento fático-normativo "revelando total indiferença e desprezo pela vida das vítimas" - na quesitação prejudica os réus, complexificando a questão. A pergunta, conforme foi dirigida, dificulta ao jurado realizar juízo de distinção entre o dolo (eventual) e a culpa (consciente), tendo residido a discussão acerca do elemento central sobre a caracterização ou não do dolo eventual neste ponto.

- VENCIDO O DESEMBARGADOR JAYME WEINGARTNER NETO(VOGAL) NAS SEGUINTE PRELIMINARES:

- FORMAÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA. UTILIZAÇÃO DOSISTEMA CONSULTAS INTEGRADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM PROJEÇÃO PARA A PRESENTE SESSÃO, A REFORÇAR A DISPARIDADE DE ARMAS. PERFILAMENTO DISCRIMINATÓRIO.

O Ministério Público utilizou-se das informações sobre os jurados que obteve, viacompartilhamento, no sistema Consultas Integradas, tendo escrutinado integralmente a lista geral para 2021, clara a disparidade de armas no preparo do júri da Kiss, a par do perfilamento discriminatório (97 pessoas foram expurgadas porque, mercê de relações familiares e afetivas, visitaram detentos, algumas há duas décadas), a ferir inclusive o direito fundamental à proteção de dados pessoais e regras da Lei

Geral de Proteção de Dados Pessoais (Constituição Federal, Art. 5º, LXXIX, e Lei nº 13.709/2018), com reflexos na pluralidade institucional do Tribunal do Júri e na efetiva possibilidade de exercer a função de jurado (Arts. 436, § 1º, 439 e 440 do Código de Processo Penal).

- MAQUETE DIGITAL 3D ACOSTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA EXIBIÇÃO EM PLENÁRIO. INOVAÇÃO ACUSATÓRIA PROBATÓRIA NÃO VERIFICADA. NULIDADE REJEITADA, POR MAIORIA.

A maquete digital 3D foi acostada nos autos pelo Ministério Público dentro do prazo legal (Art. 479 do Código de Processo Penal), com intimação e ciência das partes a respeito da juntada. Competia às Defesas a busca do equipamento correto e compatível para a execução da maquete 3D, e, se uma das Defesas conseguiu acessar, é lícito concluir que o programa estava em condições de uso. O Desembargador Jayme Weingartner entendia que não havia sido observado suficientemente o contraditório em face da complexidade e da peculiaridade da matéria.

- MENÇÃO À DECISÃO DO JUIZ QUE PRONUNCIOU OS RÉUS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS DEBATES EM PLENÁRIO. AUSÊNCIA DE ÊNFASE OU DESTAQUE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE REJEITADA, POR MAIORIA.

A manifestação mencionada pelo Ministério Público, em meio aos veementes debates, sem qualquer ênfase ou destaque que poderia constituir efetivamente um argumento de autoridade contra os réus, não conduz à nulidade do julgamento. O Desembargador Jayme Weingartner entendia que, mesmo se tratando de decisão sobre prisão temporária, houve indevido argumento de autoridade.

POR MAIORIA, PROVERAM OS APELOS, FULCRADOS NO ART. 593, III, "A", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA DECLARAR A NULIDADE DO JULGAMENTO, PREJUDICADO O EXAME DOS APELOS COM BASE NAS DEMAIS ALÍNEAS DO ALUDIDO DISPOSITIVO LEGAL. À UNANIMIDADE, REVOGARAM A PRISÃO DOS RÉUS.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e o réu ---- opuseram embargos de declaração. A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul rejeitou os embargos do réu e acolheu parcialmente os embargos ministeriais, para determinar a correção de erro material na ementa do acórdão, na qual não havia sido inserida a nulidade relativa à inovação acusatória em réplica, em relação ao réu -----.

O acórdão tem a seguinte ementa (fls. 63.232/63.234):

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. TRIBUNAL DO JÚRI. INCÊNDIO DA BOATE KISS.

- SORTEIOS DOS JURADOS QUE COMPUSERAM O TRIBUNAL DO JÚRI. TESE MINISTERIAL DE OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO E DE INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO ÀS DEFESAS. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA. PRECLUSÃO AFASTADA NO ACÓRDÃO. PREJUÍZO QUE FICOU ESTAMPADO NOS AUTOS.

O rito processual previsto no Código de Processo Penal assume especial relevância no Tribunal do Júri dado o seu caráter constitutivo e estrutural, tendo a função de garantir a imparcialidade objetiva do jurado, que é leigo (cidadã ou cidadão leigo que decidirá por íntima convicção) em favor dos princípios da igualdade, da paridade de armas, e do

pleno exercício da defesa, de molde que quanto mais identificável é a norma constitucional no âmago da norma infraconstitucional mais profunda é a necessidade de observância dos direitos e das garantias fundamentais para o devido processo legal. Tendo havido, no caso penal dos autos, a violação do rito processual, e, como consequência, o aviltamento das **garantias da imparcialidade objetiva do jurado**, da igualdade e da paridade de armas, a nulidade reconhecida é de natureza absoluta.

Ainda que não se tratasse de nulidade absoluta, o acórdão embargado também analisou a preclusão e o prejuízo.

No que se refere à preclusão, as decisões judiciais que determinaram a realização dos sorteios foram devida e tempestivamente impugnadas pela defesa do réu ----, antes mesmo inclusive do dia em que foi realizado o sorteio principal, tendo sido derradeiramente reiterados os pedidos que haviam sido feitos através de sucessivas petições quando da instalação da sessão do Tribunal do Júri.

Outrossim, o prejuízo também foi debatido e observado objetivamente à luz dos direitos e das garantias fundamentais que regem o Tribunal do Júri, bem ainda dentro da própria perspectiva do fato de que os réus restaram condenados, o que constitui inafastavelmente fato hermenêutico para a aferição do prejuízo às defesas, que, diante do prazo exíguo e do elevado número de jurados, foram impedidas de exercer o pleno exercício legal das recusas, bem como arguições de impedimentos, suspeições e incompatibilidades, as quais estão a serviço da garantia da imparcialidade objetiva do Tribunal do Júri e também do exercício da plenitude de defesa.

- REUNIÃO RESERVADA COM O JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI COM O CONSELHO DE SENTENÇA EM MEIO À SESSÃO PLENÁRIA. AFIRMAÇÃO MINISTERIAL DE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO ÀS DEFESAS. REJEIÇÃO. DESCONHECIMENTO DO CONTEÚDO DO ATO PELAS PARTES. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO.

A discricionariedade do Juiz do Tribunal do Júri é muito limitada e a ele compete somente conduzir o processo conforme o rito previsto na lei, e, em caso de condenação criminal, fixar as penas de forma simples e objetiva. Conforme asseverado no aresto embargado, diferentemente do que rezava a lei anterior (Art. 476 revogado), que colocava o juiz junto com os jurados na sala secreta quando eles quisessem examinar os instrumentos do crime, descansar ou ter refeições, para que ele fiscalizasse não só a incomunicabilidade, mas também que um jurado não influenciasse o outro, a lei em vigor preza, com rigor, os princípios acusatório e da transparência dos atos do Poder Judiciário, ambos de assento constitucional, sendo, portanto, corolário lógico e jurídico que todos os atos processuais durante a sessão plenária, decisórios ou de mera orientação aos jurados, sejam realizados obrigatoriamente senão sob olhos e ouvidos de todos, pelo menos do Ministério Público e da Defesa, e que todos os atos sejam necessariamente registrados a fim de que se permita a impugnação pelas partes.

No caso em epígrafe, o conteúdo do ato, em reservado, não foi registrado por escrito ou em qualquer mídia, sequer permitindo, assim, irresignação pelas partes, estando o ato, nestes termos, portanto, categorizado como nulidade de natureza absoluta, tendo em vista a violação aos princípios acusatório e da obrigatória transparência dos atos do Poder Judiciário, de matriz constitucional, uma vez que a matéria constitucional que orienta o ato jurídico foi aviltada. Com a deformação do núcleo do ato jurídico processual e a subtração das partes da possibilidade de impugnação, descabe falar em ausência de prejuízo concreto às Defesas, as quais sequer obtiveram conhecimento do conteúdo do ato.

- NULIDADE DA QUESITAÇÃO. 02º E 4º QUESITOS. AFIRMAÇÃO MINISTERIAL DE PRECLUSÃO NO PONTO.

Caso dos autos em que houve reclamação das Defesas de ---- e ---- em plenário no que toca ao 04º quesito, não havendo falar em preclusão. No que se refere ao 02º quesito, igualmente anulado, é ter-se presente que o aludido quesito, para todos os réus, utilizou parcelas da acusação que já não faziam mais parte da pronúncia, tendo sido violada a regra da correlação/congruência e as garantias constitucionais da ampla/plena defesa e do contraditório, tratando-se de nulidade de natureza absoluta, que poderia inclusive ser declarada de ofício.

- INOVAÇÃO ACUSATÓRIA EM RÉPLICA EM RELAÇÃO AO ----. AFIRMAÇÃO MINISTERIAL DE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO. REJEIÇÃO.

Conforme visto no acórdão, o Ministério Público acusou o réu ---- de ter praticado os fatos com dolo eventual, uma vez que ele era o responsável por mandar e gerenciar o estabelecimento e porque sabia de tudo que acontecia no local, tendo, na sessão plenária, afirmado que ----, ainda que não soubesse, fechou os olhos deliberadamente.

Evidente que a inovação do Ministério Público em plenário colheu de surpresa a defesa, inviabilizando o seu pleno exercício, de estatura constitucional. Ainda que a referida tese não tenha sido reproduzida nos questionários dirigidos ao Conselho de Sentença, o prejuízo ficou bem caracterizado, uma vez que os jurados são pessoas leigas e que se atentam apenas aos fatos e não às teses de direito.

- INOVAÇÃO ACUSATÓRIA EM RÉPLICA EM RELAÇÃO AO RÉU ----. ERRO MATERIAL NA EMENTA.

A afirmação de que a inovação acusatória em réplica em relação ao réu ---- não constou na ementa do julgado embargado procede, razão pela qual deve ser corrigido o erro material apontado, com a inclusão do tópico na ementa.

- EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA DEFESA DO RÉU ----. OMISSÃO NO ENFRENTAMENTO DAS NULIDADES. REJEIÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

Caso fático em que todas as questões trazidas pela defesa de ---- já foram devidamente enfrentadas pelo Colegiado, tratando-se as teses aventadas de mera repetição, não havendo justificativa legal e jurídica para que sejam acolhidas.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR ---- REJEITADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ACOLHIDOS PARCIALMENTE PARA QUE SEJA DETERMINADA A CORREÇÃO DO ERRO MATERIAL NA EMENTA.

No recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público do Rio Grande do Sul demonstra a relevância das questões de direito federal infraconstitucional suscitadas no recurso (art. 105-§2º da Constituição) e pede a reforma do acórdão que anulou o julgamento dos réus pelo Tribunal de Justiça, arguindo a violação aos seguintes dispositivos legais:

Violação dos artigos 433-*caput* e §1º; 563, 565, 571-V e 572-I e III do Código de Processo Penal (nulidade dos sorteios de jurados)

O Ministério Público estadual recorre ao Superior Tribunal de Justiça contra a

anulação do julgamento em razão do modo como foi determinado o sorteio de jurados pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri.

O Ministério Público estadual sustenta que o julgamento dos réus é válido e deve ser restabelecido pelo STJ, porque a matéria precluiu sem impugnação oportuna pelas partes, no momento processual devido, definido na lei processual penal. Houve, portanto, preclusão da questão relativa à realização de sorteios de jurados para formação do Tribunal do Júri, vez que

“nenhuma insurgência específica e concreta apresentou-se quanto à realização do sorteio de jurados em número maior do que aquele previsto no artigo 433 do Código de Processo Penal, tampouco em face da designação de reuniões para a seleção de jurados suplentes” (fls. 63.324).

Argumenta que as manifestações prévias do réu ----- não afastaram a preclusão da matéria, porque foram genéricas, e não direcionadas especificamente aos atos do sorteio.

Acrescenta que a defesa de -----, estrategicamente, anuiu com a realização de ao menos os dois primeiros sorteios de jurados, realizados nas datas de 03/11/2021 e 17/11/2021, *“deixando para alegar algum vício somente na véspera da realização do último sorteio de suplentes e quando da realização do julgamento popular, iniciado em 1º.12.2021”* (fls. 63.326).

Salienta que a primeira decisão que determinou a realização de sorteio de jurados e suplentes, datada de 21/10/2021, também dispôs sobre a organização e trabalhos do Júri, e foi objeto de correição parcial pelas defesas e pelo próprio Ministério Público. Assim, partindo-se da premissa de que a nulidade do sorteio dos jurados foi considerada absoluta, *“poderia a Primeira Câmara Criminal reconhecer a eiva quando da análise das correições parciais ajuizadas par impugnar a decisão judicial em que contida a disposição acerca do sorteio daqueles 100 primeiros jurados, evitando, assim, a nulidade que – posterior aos exaustivos 10 dias de trabalhos na sessão de julgamento – fora reconhecida”* (fls. 63.328), ou, ainda, as defesas poderiam, nas correições parciais, ter impugnado a determinação dos sucessivos sorteios de jurados titulares e suplentes, nos números e nas datas previamente anunciadas no dia 21/10/2021, o que não ocorreu.

Para defender a preclusão da matéria, invoca os deveres da lealdade e da boa-fé

processual, e o conceito de “nulidade de algibeira”, rechaçada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assevera que, mesmo as nulidades absolutas devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal.

Em relação aos réus ----- e -----, alega que nada foi arguido pelas defesas, seja durante os dias que se sucederam à designação da data para sorteio, seja na abertura dos trabalhos do Júri. Apenas depois que o resultado lhes foi desfavorável, suscitaram a referida nulidade, de modo que, quanto a eles, a preclusão deve ser declarada de plano.

O Ministério Público pede o restabelecimento da decisão do Tribunal do Júri, porque o acórdão recorrido violou o artigo 563 do CPP ao declarar a nulidade do julgamento em decorrência do procedimento adotado pelo Juiz-Presidente de sorteio dos jurados.

Argumenta que, para a declaração de nulidade de qualquer ato processual, seja de natureza relativa ou absoluta, é necessária a demonstração de prejuízo. Entretanto, o Exmo. Desembargador Jayme Weingartner Neto, ao proferir seu voto, entendeu que não cabia às partes esta comprovação, transferindo o ônus para si.

O Ministério Público sustenta que compete à parte demonstrar de que modo o vício no julgado conduziu a um resultado diferente, como forma de comprovar o prejuízo alegado. Partindo desta premissa, afirma que o único momento em que concretamente foi sustentado algum prejuízo em face de todo o procedimento de sorteio de jurados “foi quando do protocolo da petição das fls. 19.215-19.216v, pela defesa do réu -----, no bojo da qual há insurgência, tão somente, quanto ao último sorteio suplementar que se realizaria” (fls. 64.340). Contudo, não houve prejuízo concreto neste ponto, porque nenhum dos jurados suplentes sorteados em 24/11/2021 foi submetido à avaliação da defesa do réu ----- para aceitação ou recusa no momento da escolha do Conselho de Sentença. O patrono de ----- recusou imotivadamente dois jurados, oriundos dos dois primeiros sorteios, ocorridos em 03/11/2021 e 17/11/2021. Assim, “não haveria qualquer possibilidade de formação diferente do Conselho de Sentença acaso tivessem as defesas de ----- e ----- o tempo que fosse para escrutinar todos aqueles 67 jurados selecionados em 24/11/2021. Nada se alteraria, igualmente, fosse cancelado aquele último sorteio de jurados suplentes, conforme requerido pela defesa de ----- na petição protocolada em 22/11/2021” (fls. 63.341).

Neste ponto, o Ministério Público aponta negativa de vigência ao art. 8º-2-c da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Afirma que apenas os réus ----- e -----

manifestaram inconformidade com os sucessivos sorteios de jurados, durante a sessão de julgamento. Os demais réus fizeram esta alegação apenas nas razões de apelação.

Por fim, argumenta que, ainda que se considere que o ato não estava precluso, não há prejuízo comprovado, porque o Conselho de Sentença foi formado somente com jurados oriundos da primeira seleção, ocorrida em 03/11/2021, ou seja, dentro do prazo previsto no art. 433-§1º do Código de Processo Penal.

Violação aos artigos 563, 566, 571-VIII, 572-I e III do Código de Processo Penal (nulidade em decorrência da reunião reservada entre o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e o Conselho de Sentença)

O Ministério Público estadual pede o restabelecimento da decisão do Tribunal do Júri, porque o acórdão recorrido violou os artigos 563, 566, 571-VIII, 572-I e III do Código de Processo Penal ao declarar a nulidade do julgamento porque houve reunião reservada do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri com o Conselho de Sentença, sem a presença do Ministério Público ou dos advogados dos réus.

O Ministério Público afirma que a defesa do réu ----- (única a contestar o ato) só suscitou esta nulidade nas razões de apelação e não na sessão de julgamento, o que caracteriza a preclusão da matéria e também viola os deveres de colaboração processual e boa-fé objetiva.

O Ministério Público sustenta que, se a defesa do réu tivesse manifestado inconformidade com tal reunião, no momento em que os jurados foram convidados, o Juiz poderia decidir tempestivamente a matéria e suspender o convite, ou chamar o Ministério Público e a defesa para participar do ato. No entanto, a defesa preferiu silenciar, dando causa a preclusão, e somente suscitou referida nulidade após o desfecho condenatório desfavorável. Ademais, não demonstrou o prejuízo decorrente da realização da referida reunião.

Violação dos artigos 480-§1º, 482, 484, 564, parágrafo único, 571-VIII, 572-I do Código de Processo Penal (nulidade do 2º quesito por excesso acusatório e do 4º quesito, por “arrastamento”, por estabelecer conexão com o 2º)

O Ministério Público estadual pede o restabelecimento da condenação pelo Tribunal do Júri porque o acórdão recorrido violou os artigos 480-§1º, 482, 484, 564, parágrafo único, 571-VIII, 572-I do Código de Processo Penal ao declarar a nulidade dos quesitos de nº 02 e 04 e, por arrasto, de todo o julgamento.

O Tribunal de Justiça anulou o segundo quesito feito ao Tribunal do Júri, após o encerramento da instrução e dos debates, porque o Presidente do Tribunal do Júri inseriu circunstâncias que teriam sido extirpadas no julgamento do recurso em sentido estrito, interposto contra a sentença de pronúncia. Estas circunstâncias consistem nos seguintes trechos:

“além de prévia e genericamente ordenar aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem o pagamento das despesas de consumo e bebida” (réus ----e ----) e

“saindo do local sem alertar o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação, mesmo podendo fazê-lo, já que tinham acesso fácil ao sistema de som da boate” (réus ----e ----).

Todavia, o Ministério Público estadual afirma que a matéria precluiu, porque durante o julgamento pelo Tribunal do Júri não houve impugnação concreta e específica dos dois quesitos feitos aos jurados.

Esclarece que o acórdão não afastou a preclusão da matéria por intempestividade da alegação, pois, embora registre que a defesa de ----apresentou petição na abertura do Plenário e *“que o Magistrado deveria levar em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação”*, estes são fundamentos genéricos, pois não houve impugnação específica do 2º e 4º quesitos. Só a impugnação específica de cada um, no tempo processual oportuno, afastaria a preclusão da matéria.

Argumenta que o art. 482 do Código de Processo Penal estabelece que *“o momento para manifestação acerca de defeitos dos quesitos não é no início da sessão de julgamento, mediante apresentação de manifestação genérica; mas o é logo após lidos os questionários, instante antes de serem feitas as proposições aos juízes naturais da causa”* (fls. 63.353).

Acrescenta que, *“na esteira da compreensão disposta no aresto ora recorrido, bastaria se alegar, genericamente, antes do início da sessão de julgamento, que deveriam ser seguidas estritamente as normas materiais e processuais na condução dos trabalhos do Júri, para, com isso, afastar qualquer alusão à preclusão de eventual nulidade arguida”* (fls. 63.353).

Esclarece que a lei processual penal faculta aos defensores dos réus

participação ativa na elaboração dos quesitos, conforme o art. 484 do Código de Processo Penal o que, em consequência, atrai a incidência da regra do art. 565 do mesmo diploma legal, segundo o qual

“nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.

Assim, *“havendo anuência tácita com a forma como redigidos os quesitos (art. 572, III, CPP), existindo ainda participação das defesas no processo de construção dos quesitos (art. 484, CPP), impossível agora se declarar a nulidade do feito, notadamente porque preclusa a questão (artigos 571, VIII, 572, I, CPP), ainda que se buscasse preservar a autoridade de decisões superiores”* (fls. 63.356).

Defende que, restabelecida a higidez do segundo quesito, volta a ser válido o quarto quesito, declarado nulo por arrastamento, em razão da utilização da expressão *“assim agindo”*, que, para o Tribunal, estabeleceu conexão com a redação do segundo quesito.

Violação aos artigos 476 e 563 do Código de Processo Penal (nulidade em virtude da inovação acusatória na réplica, em relação ao réu ----)

O Ministério Público pede o restabelecimento da condenação feita pelo Tribunal do Júri, pedindo a reforma do acórdão recorrido por violação aos artigos 476 e 563 do CPP, no ponto em que anula a condenação por ausência de correlação entre denúncia e acusação em Plenário, em relação ao réu ----. A inovação consistiria na utilização da *“teoria da cegueira deliberada”*, durante a réplica, pelo Promotor de Justiça.

No recurso especial, o Ministério Público estadual argumenta que a menção a esta teoria foi um reforço argumentativo rebater a alegação da defesa de que o réu ----, sócio do empreendimento à época do ocorrido, não teria ciência das operações no local, cuja má gestão e condições física e estrutural, foram determinantes para o trágico desfecho. Apenas por amor ao debate, o promotor de justiça trouxe a lume a *“teoria da cegueira deliberada”*, esclarecendo que o agente não pode, deliberadamente, deixar de se informar para não ter que evitar uma conduta.

Para o Ministério Público, não houve violação ao Princípio da Correlação. Primeiro, porque não se ampliou a imputação submetida ao Júri. Segundo porque não houve prejuízo, já que a suposta conduta omissiva do réu não foi reproduzida nos questionários

dirigidos aos jurados. Foi possível à defesa, ademais, exercer o efetivo contraditório, quando de sua tréplica.

Violação ao artigo 619 do Código de Processo Penal

O Ministério Público estadual apontou diversas omissões no acórdão recorrido, nestes termos (fls. 63.365):

[...]

Efetivamente, suscitou-se a circunstância de que a defesa do réu ----apenas trouxe manifestação concreta quanto ao último sorteio de jurados suplementares, de forma que, tratando-se da chamada “nulidade guardada”, não poderia ser reconhecida, ante a preclusão da matéria. Foi dito ainda, que, interpostas correições parciais em face da decisão dispôs sobre os diversos pontos acerca da execução dos trabalhos do Tribunal do Júri, entre eles o número de jurados a serem sorteados nas sucessivas datas que antecederam a sessão de julgamento, era aquele o momento correto para se impugnar o *decisum*, de forma que, não o fazendo, incidiu ali, também, a preclusão. Ainda, discorreu-se sobre a circunstância de que, tratando-se de nulidade absoluta, como foi tratada pelo órgão colegiado, poderia a Primeira Câmara Criminal reconhecer a eiva quando da análise das correições parciais ajuizadas para impugnar a decisão judicial em que contida a disposição acerca do sorteio daqueles primeiros 100 jurados, evitando a nulidade que agora reconhece.

Nenhum desses pontos, entretanto, mereceu atenção do órgão colegiado local, o que redundou, portanto, em negativa de prestação jurisdicional.

Em outros pontos, provocou-se o colegiado local ao enfrentamento das questões relacionadas a) à necessidade de demonstração de prejuízo concreto às partes para o reconhecimento de qualquer nulidade, seja ela relativa ou absoluta; b) à impossibilidade de o julgador atrair para si o ônus da demonstração de prejuízo; e c) à ausência de prejuízo concreto às partes.

Todos esses pontos, entretanto, foram ignorados pelo Tribunal *a quo*, não obstante devidamente provocado ao enfrentamento”

Ao final, o Ministério Público pede a reforma do acórdão recorrido para afastar as nulidades, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para que prossiga no julgamento das apelações dos réus e para restabelecer a prisão preventiva deles.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 67.477/67.508; fls. 67.548/67.552; fls. 67.565/67.581; fls. 67.598/67.601).

Admitido na origem (fls. 67.613/67.625) e, após distribuição, os autos vieram ao Ministério Público Federal para parecer.

II

O recurso especial é tempestivo e os temas suscitados foram prequestionados na decisão recorrida. Logo, os requisitos constitucionais de admissibilidade do recurso especial estão preenchidos, autorizando o seu conhecimento.

Além disso, as questões suscitadas no recurso especial do Ministério Público estadual não demandam o reexame de fatos e provas, mas a reavaliação do conjunto probatório referido na sentença e no acórdão.

As violações ao Código de Processo Penal arguidas no recurso especial serão analisadas pormenorizadamente, a partir dos fatos incontroversos delineados minuciosamente nos três votos que integram o acórdão recorrido. Assim, afasta-se, desde já, a incidência do Enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Para o adequado exame das questões recursais, é necessário tecer breves considerações sobre o sistema de nulidades no processo penal, e sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, que compõe o princípio do devido processo legal.

De forma concisa, pode-se afirmar que as nulidades absolutas definidas na lei processual penal são aquelas violadoras da garantia constitucional de que ninguém será privado de sua liberdade sem a garantia do devido processo legal (Constituição, artigo 5º LIV). É matéria de interesse público e de direito individual, que compõe o regime jurídico de direitos e liberdades que o Ministério Público está incumbido de zelar e fazer cumprir, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127 da Constituição. A proteção do devido processo legal em matéria penal é, portanto, matéria de interesse público de estatura constitucional, que compõe e ultrapassa o mero interesse subjetivo das partes. A não observância de princípios do devido processo legal, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, por representarem garantias de um processo penal legal, são consideradas nulidades absolutas.

Nulidade relativa é aquela cuja preclusão não afeta a liberdade do acusado e tutela a evolução instrutória e processual. Por isso, as nulidades relativas: i) exigem a comprovação de prejuízo; e ii) devem ser alegadas em momento oportuno, sob pena de preclusão temporal.

Anoto que a jurisprudência mais recente tem se orientado no sentido de que "*em homenagem ao art. 563 do CPP, não se declara a nulidade do ato processual - seja ela relativa ou absoluta - se a arguição do vício não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief*" (AgRg no AREsp n. 1.330.009/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 28/3/2022).

Além disso, há precedentes no sentido de que "*mesmo as nulidades apontadas como absolutas também devem ser alegadas no momento adequado, sujeitando-se à preclusão temporal*" (AgRg no HC n. 599.554/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 25/2/2022). A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 217-A DO CP. REVISÃO CRIMINAL. RESPOSTA À ACUSAÇÃO OFERECIDA ORALMENTE EM AUDIÊNCIA. MERA IRREGULARIDADE. ARTIGO 563 DO CPP. NULIDADE NÃO SUSCITADA EM TEMPO OPORTUNO. PRECLUSÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O oferecimento de resposta à acusação de forma oral em audiência constitui merairregularidade, sendo inviável a declaração de nulidade pois, a despeito de não observada a tipicidade formal para o ato, foi atingida a finalidade insculpida no artigo 406 do CPP.

2. **Não se declara a nulidade do ato processual - seja ela relativa ou absoluta - se a arguição do vício não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief.** Além disso, esta Corte Superior compreende que mesmo as nulidades tidas por absolutas devem ser alegadas no momento adequado e se sujeitam à preclusão temporal (ut, RHC n. 162.893/ES, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 30/5/2022.)

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 2.094.373/PA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.)

[...] 4. "*A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em respeito à segurança jurídica e a lealdade processual, tem-se orientado no sentido de que mesmo as nulidades denominadas absolutas também devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal. (AgRg no HC 527.449/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/8/2019, DJe 5/9/2019)*" (AgRg no HC n. 573.794/MG, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 1º/9/2020, DJe 16/9/2020). 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 671.450/SC, Rel. Ministro Olindo Menezes – Desembargador convocado do TRF da 1ª Região –, 6ª T., DJe 15/2/2022)

Acerca da preclusão temporal, destaco os dispositivos do Código de Processo Penal que se aplicam ao caso em apreço:

Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas:

V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes;

[...]

VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

Além disso, as nulidades devem ser arguidas na primeira oportunidade em que a defesa tomar ciência do fato, levando-se ao conhecimento do juízo ou da Corte local, por meio do recurso cabível, a ocorrência do vício e o efetivo prejuízo, sob pena de preclusão. Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE PECULATO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO. NULIDADE. GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIAL DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO (GAECO). PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. OFENSA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECLUSÃO.

1. A jurisprudência dos tribunais superiores é assente no sentido de que o princípio *dopas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato e do caráter relativo ou absoluto da nulidade*, uma vez que não se decreta nulidade processual por mera presunção (v.g. RHC n. 123.890 AgR/SP, relatora Ministra CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 5/5/2015, DJe 15/5/2015; RHC n.

71.626/CE, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 1º/12/2017). Precedente.

2. "Não se pode olvidar também que 'a nulidade deve ser arguida na primeira oportunidade em que a defesa tomar ciência do julgamento, levando ao conhecimento da Corte local, por meio do recurso cabível, a ocorrência do vício e o efetivo prejuízo, sob pena de preclusão' (RHC n. 106.180/BA, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 7/3/2019)" (AgRg no HC n. 725.068/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 22/3/2022.). Precedente.

3. Por fim, destaca-se que "é consolidado neste Superior Tribunal o entendimento de que a atuação de promotores auxiliares ou de grupos especializados não ofende o princípio do promotor natural, uma vez que, nessa hipótese, amplia-se a capacidade de investigação, de modo a otimizar os procedimentos necessários à formação da opinião delicti do parquet (HC 307.984/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 4/4/2016)" (HC n. 272.856/PR, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 28/6/2016). Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 119.353/GO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 30/8/2022.)

Esta observação é importante sobretudo no procedimento do Tribunal do Júri, em que, após a preclusão da decisão de pronúncia, se inicia a fase de preparação do processo para julgamento em Plenário (art. 422 e seguintes do Código de Processo Penal). De acordo com o art. 423-§1º do Código de Processo Penal, logo após a manifestação das partes, o juiz-presidente deve deliberar sobre os requerimentos de provas a serem produzidas, assim como ordenar as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade.

Portanto, as nulidades ocorridas após a pronúncia, nestes casos, não terão como prazo limite de insurgência o anúncio do julgamento, mas a própria fase de preparação do processo, sob pena de preclusão.

Portanto, as questões trazidas neste recurso serão desatadas com base nas premissas acima delineadas: as arguições de nulidade não serão conhecidas nem julgadas, caso as defesas não as tenham suscitado tempestivamente, nem comprovado o prejuízo experimentado. Ou seja, caso tenha havido preclusão e/ou as defesas não tenham se desincumbido do ônus de demonstrar que, na ausência do defeito processual, o resultado do julgamento poderia ter sido favorável aos réus, as nulidades serão afastadas.

Passa-se, assim, à análise pormenorizada de cada uma das questões recursais.

Violação aos artigos 433-*caput* e §1º; 563, 565, 571-V e 572-I e III do Código de Processo Penal (nulidade dos sorteios de jurados)

O Ministério Público se insurge contra a parte do acórdão que anulou o julgamento do Tribunal do Júri, em decorrência do procedimento adotado pelo JuizPresidente de sorteio dos jurados, que pode ser assim resumido (e-STJ fls. 62.801/62.802):

[...]

- 1) Em **08/09/2021**, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri designou **um único sorteio de 100 (cem) jurados para 03/11/2021**, às 15h, portanto em número quatro vezes superior ao número legal previsto no CPP – justificando a decisão pela baixa frequência de jurados nas reuniões do Júri e das dificuldades do Poder Judiciário quanto ao atingimento do escore mínimo de jurados.
- 2) Em **13/09/2021**, o Ministério Público pediu a **ampliação do número de jurados a serem sorteados – de 100 (cem) para 150 (cento e cinquenta) jurados** (seis vezes o número previsto na lei), tendo o pedido sido acolhido pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri na data de 14/09/2021 sob as mesmas razões anteriores (possibilidade de ausência de quórum).
- 3) Em nova decisão, de **21/10/2021**, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri, de ofício, determinou a realização de **sorteio principal com 150 (cento e cinquenta) jurados a se realizar em 03/11/2021 e de dois sorteios suplementares** após a concretização do sorteio principal. O primeiro sorteio suplementar foi designado para **17/11/2021, agora com mais 88 (oitenta e oito) jurados**. A seguir, no segundo sorteio suplementar, marcado para o dia **24/11/2021, seriam sorteados mais 67 (sessenta e sete) jurados**. **No somatório total de jurados foram efetivamente sorteados 305 jurados**.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que a fórmula adotada pelo magistrado constitui nulidade absoluta, com base nos seguintes fundamentos (fls.

62.803/62.804):

[...]

As nulidades relativas, de sua vez, são aquelas em que a deformidade do ato, não o atingindo no núcleo, no silêncio das partes admite o prosseguimento do processo até o final. Para sua decretação é necessária a demonstração, por qualquer das partes, do prejuízo sofrido para que o juiz anule o ato, repetindo-o validamente.

Diferentemente, as nulidades absolutas ocorrem quando o defeito do ato o atinge em seu núcleo, tornando-o imprestável. E note-se, no cerne do ato jurídico tem de estar clara e identificável a matéria-prima constitucional que orienta o ato jurídico. No processo penal, o prejuízo causado pelo ato nulo é presumido pelo legislador, podendo a declaração de nulidade ocorrer por provocação das partes e devendo o juiz conhecê-la de ofício.

[...]

Ainda que o art. 571, V, do Código de Processo Penal disponha que toda e qualquer nulidade (relativa) ocorrida após a pronúncia deva ser suscitada logo após anunciado o julgamento e apregoadas as partes, o dispositivo legal deve ser interpretado à luz da Constituição Federal e da reforma processual de 2008, isto é, em conjunto com o art. 423 do aludido Código de Processo Penal, que passou a prever a fase de preparação do processo para julgamento em plenário, com a deliberação, pelo Juiz, sobre os requerimentos de provas e as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade (e aqui é evidente que o legislador se refere à nulidade relativa, tendo em vista que a nulidade absoluta não é sujeita à convalidação).

Nesta senda, no caso sob análise, muito antes do início da sessão plenária a Defesa do réu ----já havia se manifestado contrariamente à realização dos sorteios nos moldes em que fora feita. A preclusão, neste ponto, é descabida. E é ainda mais descabida quando se verifica que a questão/arguição pela Defesa constitui causa de nulidade absoluta.

Conforme se verifica dos documentos constantes nas *Atas de sorteio de jurados para o Júri da Boate Kiss*, no dia da sessão plenária compareceram 65 (sessenta e cinco) dos 305 (trezentos e cinco) jurados.

A fórmula expressa no art. 433, §1º, do Código de Processo Penal que determina que o Ministério Público e a Defesa possuem de 10 (dez) a 15 (quinze) dias úteis antes da sessão plenária para investigar os 25 (vinte e cinco) cidadãos e cidadãs sorteados foi substituída de ofício pelo Juiz Presidente por outro procedimento que não está previsto em lei, sendo que as Defesas técnicas tiveram, respectivamente, 20 (vinte) dias úteis para investigar 150 (cento e cinquenta) jurados, 10 (dez) dias úteis para analisar mais 88 (oitenta e oito) jurados, e, ao fim, 05 (cinco) dias úteis para examinar mais 67 (sessenta e sete) jurados, aqui já sem obediência ao prazo legal, isto é, somente metade do prazo legal.

O Ministério Público, Sr. Presidente, nada arguiu, e muito provavelmente por pelo menos um motivo já conhecido: o Órgão Ministerial tem à sua disposição, sempre, acesso livre ao Sistema de Consultas Integradas, que oferece enorme panorama de informações sigilosas sobre as pessoas. E nem vou discutir aqui a legalidade e a oportunidade desse acesso, que já foi afirmada pelo Egrégio Órgão Especial deste Tribunal e pelo Colendo STJ. Anoto, de *lege ferenda*, que a utilização do sistema de Consultas Integradas tem de ser posta em mais profundo debate, como bem está a alertar o eminente Desembargador Jayme Weingartner em seu voto, que será proferido a seguir, mas que tive a oportunidade de examinar e refletir previamente, dado nosso sistema de

juízo informatizado no qual os integrantes da composição de julgamento, em rede estritamente fechada, podem lançar a qualquer momento seus votos antes da sessão.

Veja-se que dos 25 (vinte e cinco) jurados que compuseram o Tribunal do Júri, i. é, que tiveram seus nomes colocados na urna, 13 (treze) deles são oriundos do primeiro sorteio (03/11/2021), 02 (dois) do segundo sorteio (17/11/2021) e 04 (quatro) do último sorteio (24/11/2021).

Não há dúvida de que a inovação/alteração da fórmula prevista em lei a que procedeu o Juiz Presidente do Tribunal do Júri feriu o Código de Processo Penal e a Constituição Federal. Não somente pelo elevadíssimo número de jurados sorteados (305) para investigação, mas fundamentalmente pelo fato, como já referido, de que 04 (quatro) jurados foram sorteados no último sorteio, já praticamente em metade do prazo previsto no Código de Processo Penal.

Concluo o tópico reconhecendo que a formação do Tribunal do Júri não se deu dentro da lei, que, repito, foi redigida pelo legislador ordinário para assegurar a imparcialidade objetiva do Tribunal do Júri em prol da igualdade, paridade de armas e plenitude de defesa, que constitui um dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.

O Ministério Público sustenta que houve preclusão da matéria relativa aos procedimentos de sorteios de jurados para formação do Tribunal do Júri. Alega que *“nenhuma insurgência específica e concreta apresentou-se quanto à realização do sorteio de jurados em número maior do que aquele previsto no artigo 433 do Código de Processo Penal, tampouco em face da designação de reuniões para a seleção de jurados suplentes”* (fls. 63.324). Argumenta que as manifestações prévias do réu ---- não tiveram o condão de afastar a preclusão da matéria, porque foram genéricas, e não direcionadas especificamente aos atos do sorteio. Acrescenta que a defesa de ----, estrategicamente, anuiu com a realização de ao menos os dois primeiros sorteios de jurados, realizados nas datas de 03/11/2021 e 17/11/2021, *“deixando para alegar algum vício somente na véspera da realização do último sorteio de suplentes e quando da realização do julgamento popular, iniciado em 1º.12.2021”* (fls. 63.326). Salienta que a primeira decisão que determinou a realização de sorteio de jurados e suplentes, datada de 21/10/2021, também dispôs sobre outros pontos acerca da organização e trabalhos do Júri, e foi objeto de correções parciais pelas defesas e pelo próprio Ministério Público, nas quais nada se arguiu a este respeito. Invoca os deveres da lealdade e da boa-fé processual, e o conceito de “nulidade de algibeira”, rechaçada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assevera que, mesmo as nulidades absolutas devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal.

Ponderou que o único sorteio impugnado a tempo foi o último, ocorrido em 24/11/2021. No entanto, não se verifica a ocorrência de prejuízo, porque nenhum dos jurados suplentes sorteados naquela ocasião foi submetido à avaliação da defesa do réu ---- para

aceitação ou recusa no momento da escolha do Conselho de Sentença. O patrono de ---- recusou imotivadamente dois jurados, oriundos dos dois primeiros sorteios, ocorridos em 03/11/2021 e 17/11/2021. Assim, “*não haveria qualquer possibilidade de formação diferente do Conselho de Sentença acaso tivessem as defesas de ----e ----o tempo que fosse para escrutinar todos aqueles 67 jurados selecionados em 24/11/2021. Nada se alteraria, igualmente, fosse cancelado aquele último sorteio de jurados suplentes, conforme requerido pela defesa de ----na petição protocolada em 22/11/2021*” (fls. 63.341). Ademais, o Conselho de Sentença foi formado somente com jurados oriundos da primeira seleção, ocorrida em 03/11/2021, ou seja, dentro do prazo previsto no art. 433-§1º do Código de Processo Penal.

Os argumentos do recurso especial do Ministério Público são procedentes e compatíveis com o devido processo legal definido na Constituição (artigo 5º-LIV) e no Código de Processo Penal.

O Tribunal de Justiça declarou nulidade foi declarada por duas razões: (i) elevado números de suplentes sorteados e (ii) 04 (quatro) jurados que compuseram o Tribunal do Júri foram sorteados no último sorteio, já praticamente em metade do prazo previsto no Código de Processo Penal.

Inicialmente, a lei não declara a nulidade do ato de sortear suplentes a fim de assegurar a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri na data aprazada.ada. No caso, a ampliação do número de jurados a serem convocados foi justificada pelo Juiz Presidente com base nos seguintes fundamentos (fls. 62.871):

[...] Partiu da constatação de que o procedimento normal (o sorteio de 25 jurados para, no dia do júri, verificar-se quantos estão presentes) poderia acarretar, o que não é raro na Comarca de Porto Alegre, diante das ausências frequentes de jurados e dificuldades inerentes à condição de servidor eventual da justiça, que não se atingisse o escore mínimo de jurados [15] e, com isso, a sessão seria adiada. Tal risco, asseverou, “não podemos correr”: lembrou a série de providências burocráticas, licitações e contratações administrativas (hospedagem, alimentação, segurança, transmissão); o custo emocional diante da expectativa criada, a “confluir para a própria imagem do Poder Judiciário”; a par do imperativo constitucional da duração razoável do processo; sem “olvidar a persistente pandemia”, a exigir, do jurado, ciclo de vacinação completo.

O Superior Tribunal de Justiça entende válido o procedimento adotado, conforme se infere do precedente abaixo:

RECURSO ESPECIAL DA DEFESA DE JOSÉ DA SILVA MARTINS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO. AUSÊNCIA DE

COMPETÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 284 DO STF. DISPOSITIVO LEGAL DISSOCIADO DA TESE. SÚMULA N. 283 DO STF. NECESSIDADE DE REBATER TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO.

JULGAMENTO EM PLENÁRIO. **CONVOCAÇÃO DE JURADOS SUPLENTE PARA EVITAR ESTOURO DE URNA. POSSIBILIDADE. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CRIME PREMEDITADO.**

CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REPERCUSSÕES SOCIAIS QUE DESBORDAM DO TIPO PENAL. IDC N. 2. GRAVE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. DECOTE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL SEM REDUÇÃO DA PENA. INEXISTÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO SOBRE DOSIMETRIA. REFORMATIO IN PEJUS CARACTERIZADA. DETRAÇÃO. NÃO REALIZAÇÃO EM SENTENÇA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE.

1. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o exame de suposta violação de princípios e dispositivos constitucionais, mesmo com o cunho de prequestionamento, por ser matéria reservada à competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal.

2. Aplica-se a Súmula n. 284 do STF à alegação de infringência de dispositivo legal dissociado das razões recursais.

3. Consoante o entendimento da Súmula n. 283 do STF, é ônus do recorrente infirmar, com particularidade, todos os fundamentos nos quais é amparado o acórdão impugnado se cada um deles, por si só, é suficiente para manter o decisum.

4. O direito às recusas imotivadas previsto no art. 468 do CPP é garantia do próprio réu, de modo que cada acusado poderá recusar, sem necessidade de motivação, três pessoas sorteadas para compor o Conselho de Sentença.

5. Não há nulidade no ato de se convocar suplentes a fim de evitar a ocorrência de estouro de urna, possibilidade concretamente extraída do cotejo do número de réus com o número de jurados a serem sorteados. Na espécie, a Juíza Presidente do Tribunal do Júri sorteou dez suplentes para suprir os ausentes em igual quantidade e, assim, formar a lista de 25 jurados. A conduta da julgadora foi fundamentada na real possibilidade de ocorrer estouro de urna, uma vez que as defesas dos cinco réus informaram que fariam as recusas imotivadas separadamente.

6. A declaração de nulidade de determinado ato processual requer a demonstração de prejuízo à parte que a alega. Precedentes.

7. É cabível a exasperação da pena-base, pela análise desfavorável da culpabilidade, fundamentada na premeditação do crime. No caso, denota maior reprovabilidade a conduta do acusado que, segundo as instâncias ordinárias, planejou a consecução do crime por meio de reuniões anteriores ao dia dos fatos com o corréu e pediu emprestada arma de fogo de grosso calibre a terceiro.

8. São idôneos os argumentos despendidos pelos Juízes de origem para valorar negativamente as consequências do crime, uma vez demonstrado que o homicídio da vítima Manoel Mattos causou repercussões sociais que desbordam do tipo penal. Tal como reconhecido no IDC n. 2, além da inerente ofensa ao bem jurídico tutelado pelo art. 121 do CP, o crime constituiu grave violação dos direitos humanos, uma vez que teve como objetivo silenciar uma das vozes que se pronunciava contra execuções sumárias e ações de grupos de extermínio na região da divisa entre Pernambuco e Paraíba. 9. Afastada a análise desfavorável de circunstância judicial pelo

Tribunal a quo, ante a inidoneidade de seus fundamentos, é necessária a redução proporcional da reprimenda, se não houver recurso da acusação acerca da dosimetria da pena. In casu, o TRF-5 considerou inválida a motivação da conduta social e da personalidade do agente para aumentar a pena-base, mas não reduziu a sanção do réu ao afastar as referidas vetoriais.

10. Aplica-se a Súmula n. 284 do STF quando não é possível compreender a controvérsia apresentada nas razões recursais, por não guardar pertinência com o que foi decidido pela Corte de origem. É igualmente aplicável o óbice sumular se a parte não aponta dispositivo legal com força normativa capaz de subsidiar o pleito formulado.

11. Não viola o art. 387, § 2º, do CPP a sentença que deixa de fazer a detração, quando o desconto do tempo de prisão cautelar não teria o condão de alterar o regime inicial de cumprimento de pena fixado ao réu.

12. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido, apenas para redimensionar a pena do recorrente para 21 anos de reclusão.

[...] (REsp n. 1.843.481/PE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 14/12/2021.)

Ainda que se cogitasse de excessivo número de suplentes na hipótese, o caso diz respeito a uma cautela para a formação do corpo de jurados, tem natureza procedimental e preparatória e não é relativa ao julgamento em si. Caracteriza uma hipótese de nulidade relativa, porque é ato procedimental, não está diretamente relacionado com uma violação do devido processo legal, nem sua observância dá causa direta à privação de liberdade do réu. Se demonstrado o prejuízo concreto para a defesa, a arguição pode eventualmente ser feita no prazo oportuno e ser conhecida e deliberada pelo juiz. Mesmo as alegações de que novo sorteio de suplentes poderia dificultar o escrutínio da defesa para solicitar exclusão de um dos sorteados do corpo de suplentes, ou de que a defesa teria menos condição de pesquisa de informações sobre os sorteados depende de demonstração do prejuízo e caracteriza hipótese de eventual nulidade relativa e não absoluta. Assim, sujeita-se à preclusão temporal e à demonstração do prejuízo.

Confira-se:

PENAL. NULIDADES. IRREGULARIDADE NA CONVOCAÇÃO DE JURADOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA DA PENA-BASE. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FUNDAMENTAÇÃO CORRETA.

1. As eventuais irregularidades havidas no ato de sorteio de jurados e de convocação de suplentes devem ser concebidas como nulidades relativas, que merecem ser levantadas no momento oportuno, qual seja, antes da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, sob pena de preclusão, o que não ocorreu no caso concreto, conforme se depreende do trecho transcrito do acórdão ora combatido.

2. Duas sessões de julgamento ocorreram sem que a defesa manifestasse qualquer interesse na oitiva da testemunha. Somente durante a terceira sessão é que a defesa revelou a sua pretensão, em contrariedade à luz do art. 421, parágrafo único, do CPC, vigente à época dos fatos, o que torna referido requerimento intempestivo.
 3. No caso concreto, o magistrado, ao fixar a pena-base do paciente - decisão corroborada pelo acórdão impugnado, observou fundamentadamente todas as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, especialmente o alto grau de culpabilidade e os seus maus antecedentes.
 4. Ordem denegada.
- (HC n. 127.207/SP, relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 6/12/2011, DJe de 25/5/2012.)

Caracterizou-se a preclusão porque o momento oportuno para as defesas se manifestarem, neste caso, não é logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 463-§1º do Código de Processo Penal), mas antes da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, e na primeira oportunidade em que tiverem ciência do ato.

Os réus ----- e ----- se manifestaram logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes, quando já havia precluído. O réu ----- se manifestou nas razões de apelação, quando a matéria também estava preclusa. Apenas a defesa de ----- se manifestou antes da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, mas não teve o condão de elidir a preclusão.

Explico.

No dia 08 de setembro de 2021, o Juiz designou o sorteio de 100 jurados, para o dia 03/11/2021. Em 14 de setembro de 2021, atendendo a pedido do Ministério Público, ampliou a quantidade para 150. Em 21 de outubro de 2021, de ofício, determinou a realização de sorteio principal com 150 jurados, a se realizar em 03/11/2021, e de dois sorteios suplementares, um em 17/11/2021 e outro em 24/11/2021.

Anoto que, desde o dia 08 de setembro de 2021, as defesas já tinham ciência de que seriam sorteados jurados em número quatro vezes maior que o estipulado em Lei. Seis dias depois, souberam da ampliação do número em 50 jurados. E, em 21 de outubro de 2021, tiveram ciência do procedimento que seria adotado pelo Juiz Presidente na escolha do Júri.

Neste ínterim, as defesas já poderiam impugnar o procedimento adotado. Extrai-se do acórdão recorrido, e das razões do recurso especial, que a decisão datada de 21 de outubro de 2021 tratou de outros pontos acerca da organização e trabalhos do Júri, e foi

objeto de correições parciais pelas defesas e pelo próprio Ministério Público. Contudo, nada se arguiu acerca da suposta nulidade no sorteio de jurados.

A primeira manifestação defensiva atinente ao tema aportou aos autos em 1º de novembro de 2021, dois dias antes do primeiro sorteio, oriunda da defesa de ----. Contudo, a defesa não se insurgiu especificamente contra qualquer sorteio, mesmo o vindouro, limitando-se a fazer uma reserva genérica do seu interesse em manifestar-se em Plenário, nestes termos: *“se reservava ao direito de apenas se manifestar em Plenário e, na forma do Código de Processo Penal, proceder às arguições pertinentes quando da abertura da sessão a respeito de tudo que constitua inobservância do disposto na Lei Processual Penal”*.

Esta manifestação, conforme acertadamente observado pelo Ministério Público estadual nas razões do recurso especial, não formula uma questão a ser decidida pelo juízo, nem caracteriza uma impugnação à decisão judicial de sucessivos sorteios, porque seu conteúdo apenas externa a intenção de formular questões em Plenário, momento processual que, como visto, não é o definido para arguir uma tal eventual nulidade relativa.

A segunda manifestação da defesa de ----aportou aos autos em 08 de novembro de 2021 e tem o seguinte conteúdo: *“não foi possível registrar em ata a inconformidade defensiva quanto ao sorteio de 150 jurados ocorrido no último dia 03 de novembro” [...] “o processo judicial não pode ser conduzido fora dos parâmetros legais, com prejuízo para a defesa. A partir daqui, registre-se, o processo está nulo. Correição parcial e/ou Habeas Corpus não são recursos previstos em lei para atacar essa decisão que invoca no sorteio. Portanto, a hipótese é insuscetível de convalidação”*.

Não é possível perquirir ou identificar a razão pela qual a defesa não conseguiu registrar em ata sua inconformidade com o sorteio do dia 03 de novembro. Consta no acórdão que, referente ao pedido do dia 1º de novembro, além do protocolo do dia primeiro, *“há um segundo protocolo efetuado na data de 3/11/2021 às 16h10min, não se sabendo exatamente o porquê deste segundo protocolo”* (fls. 62.802).

Em 12 de novembro de 2021, a defesa de ---- pediu para que fosse reconhecida a nulidade do sorteio do dia 03 de novembro, mas o Juiz indeferiu o pedido.

De todo modo, a questão estava preclusa. Quisesse a defesa impugnar o número de jurados suplentes a serem sorteados, poderia tê-lo feito desde o dia 08 de setembro de 2021, quando já estava ciente do critério de sorteio fixado pelo Juiz e publicado para as duas partes (acusação e réus). A defesa poderia ter suscitado sua irresignação quando do

ajuizamento das correições parciais que impugnaram a organização e os trabalhos do Júri, definidos em 21 de outubro de 2021. Ainda que assim não se entenda, poderia a defesa, na petição do dia 1º de novembro de 2021, se insurgir especificamente contra o sorteio do dia 03 de novembro (assim como o fez no dia 12 de novembro); não apenas vir aos autos informar que tinha a intenção de se manifestar por ocasião do Plenário.

Não houve insurgência contra a realização do segundo sorteio, em 17 de novembro de 2021. E, em relação ao último sorteio, ocorrido em 24 de novembro de 2021, houve contestação específica quanto à sua realização no dia 22 de novembro, sob o fundamento de que faltavam apenas cinco dias úteis para o julgamento. Quanto a este, de fato, não houve preclusão.

Em relação ao último sorteio, o Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade em virtude do tempo exíguo entre sua realização e a data da sessão plenária. Houve, realmente, descumprimento do art. 433-§1º do Código de Processo Penal; todavia, não é hipótese de reconhecimento de nulidade com fundamento no art. 563 do CPP, eis que não demonstrado o prejuízo. Nesse sentido, cita-se precedente:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PRECLUSÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O parcial descumprimento dos arts. 433 e 455, § 2.º, ambos do Código de Processo Penal, gera nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da demonstração de efetivo prejuízo, que não houve no caso presente.

[...] 3. Recurso desprovido. (AgRg no Ag 1045073/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 29/06/2009)

É que o último sorteio não trouxe qualquer prejuízo para os réus, ou para o exercício de suas defesas, porque nenhum dos jurados ali sorteados compôs o Conselho de Sentença. Logo, este sorteio em nada interferiu com o princípio constitucional do devido processo legal, nem com a decisão do Tribunal do Júri que privou os réus de liberdade, deixando intacta a garantia definida no artigo 5º-LIV da Constituição. Ao final dos sucessivos sorteios, restaram 82 jurados elegíveis, dos quais 65 compareceram no dia da sessão. A formação do Conselho de Sentença pode ser assim sintetizada (e-STJ fls. 62.884):

[...] 6. 65 destes jurados “elegíveis” compareceram no dia 1º de dezembro de 2021 – dos 25 jurados “titulares” sorteados no ato principal (03/11), após dispensas e cumprimento dos mandados de intimação, restaram apenas 11, dos quais 06 compareceram no dia do julgamento e 1 (um) compôs o Conselho de Sentença. Dos 19 “suplentes” que foram sorteados na data da sessão (01/12/21) para chegar aos 25 jurados

que compuseram o Tribunal do Júri na forma do art. 447 do CPP; 13 (treze) eram provenientes do sorteio de 03 de novembro de 2021, 02 (dois) do sorteio de 17 de novembro e 04 (quatro) do sorteio de 24 de novembro. Por outro lado, se não me perdi, o aleatório determinou que os sete jurados que compuseram o Conselho de Sentença no dia 01/12 fossem provenientes do sorteio principal (03/11/21), embora apenas um “titular”.

Em relação à antecedência do sorteio para a sessão de julgamento, haveria prejuízo se algum jurado que efetivamente participou da sessão de julgamento ostentasse a condição de impedido ou de suspeito, bem como se houvesse outro aspecto descoberto pela defesa dos quatro réus após a sessão plenária que, se de prévio conhecimento, demonstrasse que aquele específico jurado seria recusado imotivadamente. Não foi o caso. Aqui, sequer houve participação de jurado oriundo do último sorteio no Conselho de Sentença. Ou seja, ainda que as defesas tivessem tido tempo hábil para impugnar algum dos sorteados, o resultado não seria diverso.

Acrescento, por fim, que as defesas tiveram 20 (vinte) dias úteis para impugnar 150 (cento e cinquenta) jurados e 10 (dez) dias úteis para impugnar os 88 (oitenta e oito) jurados sorteados no segundo sorteio, de modo que, quanto a estes, foi observado o prazo do art. 433-§1º do Código de Processo Penal.

Por estas razões, entendo que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao declarar a nulidade do julgamento, em razão do procedimento de sorteio dos jurados, violou os arts. 433-*caput* e §1º; 565, 571-V e 572-I e III do Código de Processo Penal e não observou o devido processo legal, garantido no artigo 5º-LIV da Constituição.

Violação aos artigos 563, 566, 571-VIII, 572-I e III do Código de Processo Penal (nulidade em decorrência da reunião reservada entre o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e o Conselho de Sentença)

O Ministério Público se insurge contra a parte do acórdão que declarou a nulidade da decisão do Tribunal do Júri em razão de ter havido uma reunião reservada do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri com o Conselho de Sentença, sem a presença dos representantes ministeriais ou dos advogados dos réus.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou esta nulidade com base nos seguintes fundamentos (fls. 62.805):

No caso em análise, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri, às 04h02min, conforme vídeo que está hospedado no Youtube [...], inadvertidamente, parou o curso do julgamento e

convocou os jurados para uma reunião extraordinária em privado, realizando-a sem a presença do Ministério Público, das Defesas e longe do público.

Esse ato discricionário, reservado, sem previsão legal, nulifica o Júri, até mesmo porque não tiveram as partes sequer a possibilidade de impugná-lo quanto ao seu conteúdo, pois dele desconhecem.

A motivação desse ato de interrupção, suspensão da sessão plenária pelo Juiz do Tribunal do Júri aqui desimporta. Tenha sido o ato gerado por mero lapso causado pelo cansaço de longas horas de julgamento ou por eventuais questões urgentes de qualquer tipo, fato é que o motivo não importa, pois o conteúdo do ato, em reservado, não foi registrado por escrito ou em qualquer mídia, não admitindo, assim, irresignação. Nesses termos, o ato processual está categorizado como nulidade absoluta.

Deixo claríssimo aqui que não dirijo a questão à função judicativa tampouco a pessoa do magistrado em si, que sabemos ser juiz de reputação ilibada e de grandes conhecimentos jurídicos. Não estou afirmando de modo algum ou mesmo reconhecendo qualquer parcialidade ou suspeição do juiz que presidiu o Tribunal do Júri, mas sim analisando o ato em si, e que este ato, discricionário, sem previsão/autorização legal, acarretou nulidade absoluta por aviltar os princípios acusatório e da obrigatória transparência dos atos do Poder Judiciário, de matriz constitucional. Aponte-se que interpretação contrária desta Corte não somente caminhará em retrocesso não admitido na lei, como também (re?)abriria precedente extremamente perigoso para casos penais sob jurisdição dos Tribunais do Júri.

No particular, é ainda de destacar que a Ata de Julgamento, que antes devia sozinha espelhar tudo o que acontecia em Plenário e era base única para eventuais impugnações, tornou-se, em tempos de registros eletrônicos dos mais variados atos judiciais e por diversos tipos de mídias, por eles integrada, mormente no caso dos autos, em que o Juiz Presidente do Tribunal do Júri admitiu expressamente sua utilização, em gravação de som e imagem, no julgamento, salientando que a ata escrita seria redigida informalmente porque tudo estava sendo filmado.

Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento de nulidades no processo penal, sejam absolutas ou relativas, dependem de efetiva demonstração do prejuízo para a parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas estabelecido no art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

Quando se trata de nulidade relativa, como a referida nesta questão recursal, que trata de um ato procedimental informal, a respeito do qual não houve qualquer demonstração de prejuízo para a acusação ou para a defesa, nem de qualquer efeito direto sobre o devido processo legal ou sobre a privação de liberdade dos réus, a alegação deve ser feita no momento processual oportuno e ser acompanhada de prova de prejuízo para quem a alega. No caso destes autos, nem houve alegação oportuna, nem houve demonstração de prejuízo, de modo que a questão não deveria ter sido conhecida pelo Tribunal de Justiça, nem ter sido julgada procedente, porque ofende as normas suscitadas no recurso especial.

Nas razões de apelação, o réu -----, único a suscitar

referida nulidade, assim justificou a irresignação (fls. 62.351/62.352):

Por derradeiro, insta suscitar a violação ao contraditório e à ampla defesa perpetrada no plenário do júri. Na ocasião, após a defesa exteriorizar os sentimentos da opinião pública para os jurados, o Magistrado paralisou o julgamento procedeu com reunião particular com os Julgadores.

Malgrado o ato da defesa pudesse ser tomado como nulidade, ante a possível contaminação à íntima convicção dos jurados, tem-se que esta deveria ter sido requerida a consignação, pelo Ministério Público, em ata, não devendo o Juiz Presidente intervir e proceder com uma reunião que cuja ocorrência se deu ao largo da cognição da defesa.

No ensejo, sustentava a defesa do ora apelante que:

“a transmissão desse julgamento é na integralidade, 24 horas por dia. Vossas Excelências não têm noção da repercussão que isso corre na rua. Nós muito receosos do que iria acontecer. Mas a repercussão midiática desse júri fez com que tivesse uma onda, uma manifestação, nunca antes vista na história desse país em favor de um inocente.

O Juízo condutor do julgamento prontamente paralisou o júri, aduzindo que “Eu estou interrompendo os trabalhos, por cinco minutos, para me reunir com os jurados só eu. Cinco minutos interrompidos.”.

Percebe-se, nesse momento, o clima de constrangimento que pairou no ambiente. Não se sabe o que foi conversado com os jurados na referida reunião, tendo em vista que, consoante a declaração do Magistrado, esta fora realizada ao largo da ciência defensiva. Assim sendo, violou-se o contraditório e a plenitude de defesa, garantias fundamentais expressamente asseguradas pela Carta Política.

Na prática, não se oportunizou à defesa o conhecimento do que foi sucedido na referida reunião, ocasionando irrefutável prejuízo ao acusado, que não teve ciência do teor da reunião ocorrida entre os Julgadores leigos e o Magistrado Presidente.

Por estas questões, a defesa técnica do apelante requer o reconhecimento da nulidade ventilada, apoiando-se no artigo 564, inciso IV, do Diploma Processual Pena, c/c art. 5º, LX, da Constituição Federal da República.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nas razões do recurso especial, afirma que a defesa do réu ----- (única a contestar o ato) suscitou referida nulidade apenas por ocasião da apelação e não na sessão de julgamento, violando os deveres de colaboração processual e boa-fé objetiva, estando precluso a matéria. Defende o Ministério Público que se a defesa tivesse manifestado inconformidade com a reunião no momento em que convocados os jurados, poderia o Juiz ter suspenso a convocação ou chamado os representantes da acusação e da defesa para participar da reunião. No entanto, preferiu silenciar e suscitar referida nulidade após o desfecho condenatório desfavorável. Ademais, não demonstrou o prejuízo decorrente da realização da referida reunião.

O recorrente tem razão.

A defesa não se insurgiu oportunamente contra a realização da reunião, de modo que a questão está preclusa. A matéria poderia dar causa a uma nulidade relativa, porque está relacionada com os procedimentos em Plenário, e não integra o núcleo de atos que compõem o devido processo legal e estão diretamente relacionados com a privação de liberdade do réu. Assim, a questão deveria ter sido suscitada em Plenário ou ser requerida para constar da ata do julgamento, para evitar preclusão. A defesa do réu ---- também não demonstrou que sofreu prejuízo com a realização desta reunião, o que seria indispensável para o exame de nulidade, seja ela absoluta ou relativa.

Com efeito, para a declaração da nulidade do ato seria necessário que a defesa comprovasse, efetivamente, que prejuízo sofreu com a reunião. Extraí-se das razões da apelação que **“não se oportunizou à defesa o conhecimento do que foi sucedido na referida reunião, ocasionando irrefutável prejuízo ao acusado, que não teve ciência do teor da reunião ocorrida entre os Julgadores leigos e o Magistrado Presidente”**. Não basta a mera alegação de que a reunião acarretou prejuízo ao acusado, sem que fique explicitado no que consistiu este prejuízo, o qual, acrescente-se, não pode ser aquele advindo da condenação calcada em prova de materialidade e de autoria, nem suscitado quando a matéria estava preclusa. Neste sentido:

ECA. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. ART. 616 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONVERSÃO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EM DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No campo das nulidades, a jurisprudência dos tribunais superiores é assente no sentido de que o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato e do caráter relativo ou absoluto da nulidade, uma vez que não se decreta nulidade processual por mera presunção (v.g. RHC n. 123.AgR/SP, relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, julgado em 5/5/2015, DJe 15/5/2015; RHC n. 71.626/CE, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 1º/12/2017).
2. Dispõe o art. 616 do Código de Processo Penal que, "[n]o julgamento das apelações, poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências". Nesse sentido, "esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que o Tribunal, diante do conjunto probatório já produzido, tem a faculdade de determinar ou não a realização de novas diligências, sendo imprópria a implementação de nova instrução processual no segundo grau de jurisdição" (AgRg no HC n. 581.240/RS, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9/6/2020, DJe 17/6/2020, grifei).

3. No caso, o Tribunal de origem afastou o pedido de conversão do julgamento em diligência para oitiva de duas testemunhas não arroladas em momento oportuno, sob o fundamento de que as provas colhidas durante a instrução processual foram suficientes para formação do convencimento do Juízo de piso, que pautou a procedência da representação ofertada contra o agravante com fundamento no depoimento do delegado responsável pelas investigações, no relato de testemunha protegida e nos dados armazenados nos aparelhos celulares dos investigados.
4. Na hipótese, não se trata de produzir prova impossível quanto ao prejuízo, tal como afirmado pelo agravante, mas de minimamente demonstrar-se a pertinência de realização da prova pretendida nos termos do art. 616 do Código de Processo Penal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa, de maneira que a verificação da necessidade de realização da diligência, nos moldes em que deduzido o pleito, demandaria impreterível revolvimento de material fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com os estreitos limites de cognição da via eleita.
5. Não é apta a justificar o reconhecimento de nulidade a mera alegação de ofensa adispositivo legal ou de prejuízo advindo da própria condenação, olvidando-se a parte de demonstrar o efetivo prejuízo sofrido decorrente do ato alegadamente inquinado de vício.
6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 670.326/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 26/11/2021.)

Portanto, o Tribunal de Justiça, ao declarar a nulidade do julgamento, em razão da reunião reservada entre o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e o Conselho de Sentença, violou os arts. 563, 566, 571VIII, 572-I e III do Código de Processo Penal.

Violação aos artigos 480-§1º, 482, 484, 564, parágrafo único, 571-VIII, 572-I do Código de Processo Penal (nulidade do 2º quesito por excesso acusatório e do 4º quesito, por “arrastamento”, por estabelecer conexão com o 2º)

O Ministério Público se insurge contra a declaração de nulidade dos quesitos de nº 02 e 04, *in verbis*:

Quesito 2

“O réu (X) concorreu para a prática do fato, ao determinar a implantação em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável, sem indicação técnica de uso, contratando show musical que sabia incluir exibições com fogos de artifício de uso externo, além de manter a casa noturna superlotada, sem adequadas condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza, e com equipe de funcionários sem treinamento obrigatório, **além de prévia e genericamente ordenar aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem o pagamento das despesas de consumo na boate?**” [réus -----e -----]

“O réu (X) concorreu para a prática do fato pois, mesmo conhecendo o local do fato, onde já havia se apresentado, adquiriu e acionou artefato pirotécnico, que sabia ser destinado a uso em ambientes externos, direcionando-o, aceso, para o teto da boate, que distava poucos centímetros do artefato, dando início à queima do revestimento inflamável, **bem como ao sair do local sem alertar o público sobre o fogo e a**

necessidade de evacuação, mesmo podendo fazê-lo, já que tinha acesso fácil ao sistema de som da boate?” [réus ----- e -----]

Quesito 4

“O réu (X), *assim agindo*, assumiu o risco de produzir a morte das vítimas?”

O Tribunal de Justiça declarou a nulidade do segundo quesito, porque inseriu circunstâncias que haviam sido extirpadas no julgamento do recurso em sentido estrito interposto contra a sentença de pronúncia. Estas circunstâncias consistem nos seguintes trechos: “**além de prévia e genericamente ordenar aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem o pagamento das despesas de consumo e bebida**” (réus -----e -----) e “**saindo do local sem alertar o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação, mesmo podendo fazê-lo, já que tinham acesso fácil ao sistema de som da boate**” (réus -----e -----).

Também declarou a nulidade do quarto quesito, por arrastamento, em razão da expressão “**assim agindo**”, por estabelecer conexão com o segundo quesito.

Seguem os fundamentos do acórdão recorrido (fls. 62.807/62.808):

[...]

b) AINDA QUANTO AO 02º QUESITO. EXCESSO ACUSATÓRIO. INCLUSÃO DE ELEMENTOS FÁTICOS QUE HAVIAM SIDO EXCLUÍDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E NÃO FORAM OBJETO DE POSTERIOR ALTERAÇÃO

Algumas das imputações que haviam sido feitas aos réus na denúncia foram expressamente excluídas da decisão de pronúncia quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 70071739239.

Para os réus -----e -----foi retirado, no Recurso em Sentido Estrito, o item “i” da denúncia, que assim previa: *(i) os seguranças da boate dificultaram a saída das vítimas nos primeiros instantes do fogo, cumprindo ordem prévia e geral dos proprietários ora denunciados, em razão do não pagamento da despesa.*

De sua vez, para os réus -----e -----, no Recurso em Sentido Estrito, foi retirada a impugnação de que os réus teriam concorrido para o fato “*saindo do local sem alertar o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação, mesmo podendo fazê-lo, já que tinham acesso fácil ao sistema de som da boate*”.

Todavia, o 2º quesito, em relação aos réus -----e -----, foi assim redigido:

“*O réu (X) concorreu para a prática do fato, ao determinar a implantação em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável, sem indicação técnica de uso, contratando show musical que sabia incluir exhibições com fogos de artifício de uso externo, além de manter a casa noturna superlotada, sem adequadas condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza, e com equipe de funcionários sem treinamento obrigatório, além de prévia e genericamente ordenar aos seguranças que*

impedisse a saída de pessoas do recinto sem o pagamento das despesas de consumo na boate?”

Embora após tenha havido a oposição de Embargos de Declaração por parte do Ministério Público, de Embargos Infringentes pelas Defesas, em nenhum momento houve insurgência, tampouco restabelecimento dos elementos fáticos que haviam sido excluídos no Recurso em Sentido Estrito por esta Corte.

No Recurso Especial interposto pelo Ministério Público, o Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do que temos adotado neste Tribunal, decidiu que o empate no Primeiro Grupo Criminal – Embargos Infringentes nº 70075120428 – não beneficiava os réus, tendo sido mantida a exclusão da imputação acusatória [...].

Como se observa, embora a matéria tenha sido devolvida ao Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de sua competência, o que o Tribunal Superior efetivamente realizou foi apenas inverter o resultado do julgamento dos Embargos Infringentes, e não alterar ou reformar os termos/conteúdo do julgamento, tendo sido resgatada a sentença de pronúncia com as alterações efetuadas pelo Tribunal de Justiça deste Estado no Recurso em Sentido Estrito.

Assim, tem-se que o excesso acusatório anula o 2º quesito.

c) 04º QUESITO. UTILIZAÇÃO DA EXPRESSÃO “ASSIM AGINDO” QUE SE CONECTA COM O 02º QUESITO

O 4º quesito, de sua vez, foi redigido com a utilização da expressão “Assim agindo”, estabelecendo conexão com o 02º quesito, acima analisado, razão pela qual o 4º quesito, por derivação, também é nulo.

Assim sendo, voto por acolher as preliminares acima citadas, acompanhando o nobre relator quanto ao mais e, desta forma, não vendo possibilidade jurídica de seguir analisando as demais questões, que ficam prejudicadas, encerro aqui meu voto.

Segundo o art. 484 do Código de Processo Penal, após formular os quesitos o juiz-presidente os lerá, indagando às partes se têm qualquer objeção a fazer, o que deverá constar obrigatoriamente da ata. Por se tratar de nulidade relativa, nos termos do art. 571VIII do CPP, a questão deverá ser arguida, no caso de julgamento em Plenário, tão logo ocorra, sob pena de preclusão. É necessária, além disso, a comprovação de prejuízo.

Confira-se, neste sentido, os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. 1. OFENSA AO ART. 619 DO CPP. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. MERA IRRESIGNAÇÃO COM O MÉRITO. 2. OFENSA AOS ARTS. 564, III, "K", E 484, III, DO CPP (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 11.689/2008). NÃO QUESITAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM PLENÁRIO. FUNDAMENTO SUFICIENTE NÃO IMPUGNADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. 3. IRREGULARIDADES NA QUESITAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. MATÉRIA SUJEITA A PRECLUSÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para que haja violação do art. 619 do CPP, é necessário demonstrar que o acórdão embargado efetivamente padece de um dos vícios listados - ambiguidade, obscuridade, contradição e omissão -, e que o Tribunal de origem, embora instado a se manifestar, manteve o vício. Diferentemente do que alega o recorrente, a Corte a quo examinou em detalhe todos os argumentos defensivos, apresentando fundamentos suficientes e claros para refutar todas as alegações deduzidas. Dessarte, tem-se que o fato de não ter sido acolhida a irresignação da parte, apresentando o Tribunal de origem fundamentação em sentido contrário, por certo não revela violação do art. 619 do CPP.
2. No que diz respeito à apontada ofensa aos arts. 564, inciso III, alínea "k", e ao 484, inciso III, ambos do CPP, com redação anterior à Lei n. 11.689/2008, em virtude de não ter sido quesitada a legítima defesa, o que, a seu ver, enseja a nulidade absoluta do processo, verifica-se que o recurso encontra óbice no enunciado n. 283/STF. Com efeito, o recorrente se insurge apenas contra a impossibilidade de a nulidade absoluta precluir, não impugnando o argumento no sentido de que a legítima defesa "sequer foi aventada pela Defesa nos debates apresentados em plenário". Nesse contexto, tem-se que, ainda que se considere que a nulidade absoluta não preclui, o acórdão recorrido se mantém, em virtude de a legítima defesa não ter sido debatida em plenário. Incidência do enunciado n. 283/STF.
3. Ainda que assim não fosse, tem-se que o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que **eventuais irregularidades relativas à quesitação devem ser arguidas em momento oportuno, com a efetiva demonstração do prejuízo, sob pena de preclusão, uma vez que se trata de nulidade relativa**, situação que atrai a incidência do enunciado n. 83 da Súmula desta Corte.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.729.137/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/6/2020, DJe de 18/6/2020.)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. QUESITAÇÃO NO JÚRI. IRREGULARIDADES. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA. PRECLUSÃO. RECOLHIMENTO PRÉVIO DE CUSTAS DE DILIGÊNCIA DO OFICIAL DE JUSTIÇA. NULIDADE. ALEGAÇÃO EXTEMPORÂNEA. TRÂNSITO EM JULGADO. DOSIMETRIA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. AVANÇADO ITINERÁRIO DE EXECUÇÃO PERCORRIDO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REVOLVIMENTO.

1. Diversamente do que alega a defesa, a questão em julgamento não é denulidade absoluta, porquanto eventuais irregularidades atinentes à quesitação ofertada aos jurados caracterizam nulidade relativa, ensejando a sua imediata contestação e a prova do prejuízo para a parte a quem aproveita.

2. Segundo a dicção do art. 484 do Código de Processo Penal, após formulá-los, o juiz-presidente lerá os requisitos, indagando às partes se têm qualquer objeção a fazer, o que deverá constar obrigatoriamente em ata. E, nos termos do art. 571, VIII, do diploma alhures mencionado, as nulidades deverão ser arguidas, no caso de julgamento em Plenário, tão logo ocorram.

[...]

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 273.883/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 12/3/2019, DJe de 21/3/2019.)

Reitero que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de que mesmo as nulidades absolutas devem ser arguidas em momento oportuno, em observância à segurança jurídica e aos deveres de lealdade e boa-fé processual.

A propósito:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. WRIT SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE OCORRIDA NA SESSÃO DE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. ART. 571, VIII, DO CPP. ART. 563 DO CPP. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. SÚMULA N. 523 DO STF. DISCORDÂNCIA DA ATUAÇÃO DA DEFESA ANTERIOR. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA. PARCIALIDADE DO JUIZ-PRESIDENTE EM PLENÁRIO DO JÚRI. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE IMPARCIALIDADE VERIFICADA DE PLANO. DESCONSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO DA CORTE ESTADUAL. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Na espécie, o presente writ seria sucedâneo de revisão criminal, sendo pois, esta Corte incompetente para o processamento do pleito revisional, na medida em que a condenação proferida contra o paciente já transitou em julgado. Precedentes.
3. **As nulidades ocorridas durante a sessão de julgamento do Tribunal do júri devem ser suscitadas na própria sessão, com o respectivo registro em ata, art. 571, VIII, do Código de Processo Penal, sob pena de preclusão. Ainda que se entenda, tratar-se de nulidade absoluta a jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça "em respeito à segurança jurídica e a lealdade processual, tem se orientado no sentido de que mesmo as nulidades denominadas absolutas também devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal" (AgRg no HC 527.449/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/8/2019, DJe 5/9/2019).**
4. No campo das nulidades no processo penal, seja relativa ou absoluta, o art. 563 do CPP institui o conhecido princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo e, na mesma linha, a Súmula 523/STF enuncia que "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".
5. Ora, "o fato de a nova defesa não concordar com a linha defensiva adotada pela defesa anterior também não revela nulidade. Com efeito, "a simples discordância do atual Defensor com a pretensão deduzida ou não pelo defensor anterior em suas manifestações não caracteriza deficiência/ausência de defesa capaz de gerar nulidade processual". (AgRg no HC 463.316/GO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe 24/3/2020).

6. O acórdão atacado entendeu que o Magistrado não atuou com parcialidade no caso em exame e que a defesa atual não demonstrou de plano a nulidade alegada, além de que, entendimento contrário, demandaria o exame aprofundado do acervo probatório, inviável no rito do writ.
7. No procedimento dos processos da competência do Tribunal do Júri, o magistrado-presidente não é um mero espectador inerte do julgamento, possuindo, não apenas o direito, mas o dever de conduzi-lo de forma eficiente e isenta na busca da verdade real dos fatos, em atenção a eventual abuso de uma das partes durante os debates, nos termos do art. 497 do CPP. A atuação firme do magistrado na condução da sessão plenária do Tribunal do Júri não deve ser confundida com eventual parcialidade do julgador e também não acarreta, necessariamente, a quebra da imparcialidade dos jurados.
8. A desconstituição da conclusão alcançada pelo Tribunal estadual, a fim de concluir pela suposta nulidade, qual seja, parcialidade do Juiz, exigiria a toda evidência, ampla e profunda valoração de fatos e provas, o que é sabidamente incompatível com a via estreita do habeas corpus. Precedentes.
9. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 780.310/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 22/2/2023.)
O Desembargador Conrado Kurtz de Souza (revisor) não analisou esta nulidade

sob o prisma da preclusão e do prejuízo aos réus. Extraí-se do voto do Desembargador Jayme Weingartner Neto (vogal), a este respeito, o seguinte (fls. 62.858/62.859):

Pese a redação do art. 484 do CPP, há boa doutrina no sentido de que qualquer nulidade envolvendo os quesitos deveria ser absoluta. A defesa de -----apresentou petição na abertura do plenário e, tangente aos quesitos, consignou dois pontos: (a) nulidade pela formulação antecipada dos quesitos; (b) que o Magistrado deveria levar em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes. Houve específica irresignação em plenário, pelas defesas de -----e de -----, quanto à redação do 4º quesito. Nas razões de apelação, as defesas (com exceção do réu -----) reclamaram da inclusão, no 2º quesito, de trechos acusatórios já afastados.

[...]

Sobre o 4º quesito, houve reclamação das defesas de ----- e -----em plenário, descabido falar em preclusão. Já o 2º quesito violou a regra da correlação/congruência e as garantias constitucionais da ampla/plena defesa e do contraditório. Trata-se de nulidade absoluta, que poderia ser declarada de ofício. E, conectado como está, arrasta também o 4º quesito no defeito redacional. Mais, os dois quesitos, ligados umbilicalmente, serviram para a rejeição da tese desclassificatória, violados os princípios da presunção de inocência e o devido processo legal (princípio acusatório). Finalmente, combinados, redundaram em formulação complexa e composta, culminando em má redação, por contaminar o princípio da simplicidade.

O Ministério Público, nas razões do recurso especial, alegou que durante o julgamento popular, não houve irresignação concreta e específica quanto aos quesitos. Segundo o órgão ministerial, embora conste no acórdão que a defesa de -----apresentou petição na abertura do Plenário e, tangente aos quesitos, consignou “*que o Magistrado deveria levar em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram*

admissível a acusação”, esta manifestação não tem o condão de elidir a preclusão da matéria, porque é genérica, e não está voltada especificamente para os quesitos controvertidos.

A questão recursal é procedente.

Os fatos descritos no acórdão são: i) a defesa de -----apresentou petição na abertura do plenário e consignou que o Magistrado deveria levar em conta os termos da pronúncia; ii) houve específica insurgência, em plenário, pelas defesas de -----e -----, em relação ao quesito de nº 04 e iii) na razões de apelação, as defesas, com exceção da do réu -----, reclamaram da inclusão, no segundo quesito, dos trechos acusatórios afastados no recurso em sentido estrito.

Todavia, a petição apresentada pela defesa de -----, solicitando, de forma genérica e no início da abertura dos trabalhos do Tribunal do Júri, que o magistrado levasse em conta os termos da sentença de pronúncia, não elide a ocorrência da preclusão, porque nesta data o quesito não estava formulado e publicado. A petição deveria ser específica, identificando qual o quesito impugnado, e feita logo após a formulação do segundo quesito pelo juiz, insurgindo-se contra sua redação, fazendo constar os argumentos em que se fundaria a irresignação e requerendo que fossem registrados em ata, conforme dispõem os arts. 484 c/c 571-VIII do Código de Processo Penal.

Por isso, a irresignação quanto ao segundo quesito, feita apenas nas razões de apelação, tampouco afasta a preclusão da matéria, pelos motivos já expostos.

Resta ainda examinar a específica insurgência, pelas defesas de -----e -----, em relação ao quesito nº 04, feita em Plenário. Trata-se do quesito relativo à caracterização do dolo eventual, que foi assim redigido: *“os réus, assim agindo, assumiram o risco de produzir a morte das vítimas?”*

O Desembargador Jayme Weingartner Neto, em seu voto, fez importante digressão acerca das irresignações levantadas pela Defesa, tanto em plenário, quanto nas razões de apelação, que ora reproduzo (fls. 62.938):

[...]

De todo modo, segue um levantamento das irresignações ocorridas em **Plenário** sobre os quesitos, e que foram consignadas em ata:

1. Inicialmente, o Magistrado refere que todas as teses defensivas estavam englobadas no quesito genérico. Entretanto, seria quesitada a participação de menor importância em relação aos réus ----- e ----- . Foi acatada a sugestão da defesa de -----, acordado que as partes discutiriam, juntamente com o magistrado, a redação dos quesitos em gabinete, com posterior registro em ata;

2. Após a reunião, foram registrados alguns pedidos: **pela defesa de -----e de -----, a necessidade de inclusão no quesito relativo ao dolo eventual, das expressões “indiferença e total desprezo pela vida, bem como de assumir o risco de produzir a morte da vítima”**; necessidade de -----aos jurados a participação de menor importância dos réus; a defesa de ----- consignou, ainda, a necessidade de quesitação do erro de proibição -----.

3. Tais pedidos foram indeferidos pelo magistrado.

As demais defesas (----- e -----) não solicitaram nenhuma consignação específica.

Todavia, há outro registro a fazer, que me parece relevante. Logo após a abertura dos trabalhos, a defesa de -----apresentou petição (fls. 20.934 – o documento foi juntado na sequência da ata de sessão de julgamento), na qual alegou, tangente aos quesitos, dois pontos:

(a) nulidade pela formulação antecipada dos quesitos;

(b) que o Magistrado deverá levar em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.

Finalmente, nas **razões de apelação**, no que toca ao questionário:

1. A defesa de -----alegou nulidade do julgamento por falta de quesito obrigatório, minorante de erro de proibição vencível (tese que assevera ter apresentado aos jurados); **nulidade em relação ao quarto quesito (ausência do elemento normativo caracterizador do dolo eventual); ainda, a expressão “assim agindo” gerou confusão aos jurados**; tangente ao segundo quesito, pugnou que o questionário usou a denúncia como fonte única para redação, inobservando o decote feito em RSE e Embargos Infringentes pelo TJRS;

2. A defesa de -----aduz a ocorrência de nulidade por defeito no segundo quesito (Juiz fez incluir no quesito circunstância que não fazia mais parte da acusação), bem como **nulidade por defeito no quarto quesito, por ausência de elemento normativo caracterizador do dolo eventual**;

3. a defesa de ----- alega nulidade por ausência de quesito indagando sobre a forma culposa dos delitos; tangente ao segundo quesito, protesta por ter sido utilizado trecho já afastado por decisões posteriores à pronúncia; ainda, que não houve a individualização da conduta de ----- no segundo quesito;

4. a defesa de ----- alega nulidade em face da formulação antecipada dos quesitos. [grifei]

Da leitura do trecho acima transcrito, depreende-se que o quarto quesito foi impugnado nos seguintes momentos: i) em Plenário, quando as defesas de -----e ----- sustentaram a necessidade de inclusão no quesito relativo ao dolo eventual, das expressões “indiferença e total desprezo pela vida, bem como de assumir o risco de produzir a morte da vítima”; ii) nas razões de apelação, quando as defesas de -----e -----arguíram a necessidade da inclusão daquelas expressões e, especificamente a defesa de -----, afirmou que a expressão “*assim agindo*” poderia causar confusão aos jurados.

Anoto que a insurgência feita em Plenário, específica em relação ao quesito nº 04, não contemplou a expressão “*assim agindo*”, mas apenas a ausência de expressões que, para a defesa, seriam essenciais na configuração do dolo eventual, quais sejam, “*indiferença e total desprezo pela vida, bem como de assumir o risco de produzir a morte da vítima*”. São duas questões completamente diferentes e que não podem ser confundidas.

A arguição específica, inclusive, foi rechaçada por maioria, vencido o Desembargador Revisor Conrado Kurtz de Souza. Confira-se:

[...] a) 02º quesito. Ausência de utilização de elementos normativos essenciais contidos na denúncia. Prejuízo.

O princípio da correlação entre a denúncia e a decisão de pronúncia representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, pois assegura que apenas os fatos narrados na denúncia possam integrar a decisão de pronúncia, de molde a garantir a não submissão do réu ao Conselho de Sentença por fatos outros não descritos na denúncia. O art. 482, parágrafo único, do Código de Processo Penal, dispõe que os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na elaboração dos quesitos, o Juiz Presidente do Júri levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.

No caso dos autos, o 2º quesito foi redigido da seguinte forma:

O réu (X), agindo [...], assumiu o risco de produzir a morte da vítima?

As defesas postularam que o aludido quesito levasse em consideração os termos da denúncia e fosse redigido da seguinte forma:

O réu (X) agindo [...], revelando total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, assumiu o risco de produzir a morte da vítima?

A ausência do elemento fático-normativo “revelando total indiferença e desprezo pela vida das vítimas” – na quesitação prejudica os réus.

A pergunta, conforme foi dirigida, dificulta ao jurado realizar juízo de distinção entre o dolo (eventual) e a culpa (consciente), porquanto justamente neste ponto residiu a discussão acerca do elemento central sobre a caracterização ou não do dolo-eventual. A quesitação sem dúvida complexificou a questão [voto do Desembargador Conrado Kurtz de Souza – fls. 62.806/62.807. Destaco erro material, eis que o quesito em apreço é o quarto e não o segundo].

[...] b) *Mutatais mutandi*, o mesmo se pode dizer do alegado defeito do quesito relativo ao dolo eventual, arguido pela defesa do réu ----, não obstante os doutos argumentos expendidos pelo denodado subscritor das razões recursais.

Funda-se o pedido na ausência de referência no quesito à circunstância de terem os acusados revelado “total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores do local, assumindo o risco de matar”, que consta da denúncia e que caracteriza o dolo eventual. Sustenta o apelante, em síntese, que, diante de quesito formulado com a supressão desse elemento da denúncia, não tem o jurado possibilidade de fazer qualquer diferenciação entre o dolo e a culpa.

Não comungo desse entendimento. Na realidade, ao responder afirmativamente ao quesito como foi formulado, cada jurado afirmou categoricamente terem agido os acusados com dolo eventual, na medida em que reconheceu terem eles assumindo o

risco de produzir o resultado, o que constou do quesito, nos precisos e singelos termos do art. 18 do Código Penal: “Diz-se o crime I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Nem se vislumbra a possibilidade de confusão entre dolo e culpa, como apontado pela defesa, uma vez que o crime culposos, na mesma definição legal, se configura “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Nesse sentido, aliás, foi a justificativa pelo MM. Juiz-Presidente para redigir o quesito naqueles termos, consoante se verifica na ata do julgamento.

Inexistente, portanto, o apontado defeito, rejeito também a nulidade arguida nesse ponto. **[voto do Desembargador Manuel José Martínez Lucas – fls. 62.830].**

[...] Pois bem. De um lado, tudo que foi dito reforça meu entendimento já externado, ou seja, **que não era, mesmo, de inserir no 4º quesito, a “total indiferença/desprezo pela vida”, também pelo fato linguístico identificado pelo voto-vista:** à semelhança da assertiva “maior interessado na desocupação do imóvel”, a afirmação [cujo escopo seria descrever o “elemento diferenciador” entre dolo eventual e culpa], emanada do Juiz-Presidente (com sua legitimidade e expertise, merecedores de credibilidade), projeta na mente dos jurados uma relação de “acarretamento” no tocante a assumir o risco (se agiu com total indiferença/desprezo [primeira proposição], como “afirma” o juiz, então “assumiu o risco” – resposta à pergunta, segundo proposição, se a redação contemplasse o desejo dos apelantes). A simplicidade, aqui, recomenda evitar a fórmula composta e complexa (inevitável se inserido o “elemento normativo) que alimentaria conotações. **[voto do Desembargador Jayme Weingartner Neto – fls. 62.935].**

Assim, embora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenha considerado que houve insurgência contra o quarto quesito em plenário, na verdade o fundamento da insurgência não foi, naquele momento, relativo à presença da expressão “*assim agindo*” - que levou à declaração de nulidade no acórdão recorrido --, mas contra a ausência de outras expressões consideradas essenciais, pela defesa, para caracterizar ou não o dolo eventual.

A específica irresignação contra a expressão “*assim agindo*”, constante do quarto quesito, só foi suscitada pela defesa de ----nas razões de apelação, quando já estava operada a preclusão. O quarto quesito, ademais, foi declarado nulo por arrastamento, em consequência da nulidade do segundo. Assim, restabelecida a validade do segundo quesito, automaticamente, o quarto quesito volta a valer.

Portanto, o Tribunal de Justiça gaúcho, ao declarar a nulidade dos quesitos dois e quatro, violou os arts. 484 e 571-VIII do Código de Processo Penal.

Violação aos artigos 476 e 563 do Código de Processo Penal (nulidade em virtude da inovação acusatória na réplica, em relação ao réu ----)

O Ministério Público contesta a nulidade do julgamento, fundada em inovação acusatória na réplica relativa ao réu ---- que, para o Tribunal de Justiça, teria violado o princípio da correlação entre a denúncia e acusação em Plenário. A inovação consistiria na utilização da ‘teoria da cegueira deliberada’ durante a réplica, pelo Promotor de Justiça.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou esta nulidade com base nos seguintes fundamentos:

3) INOVAÇÃO ACUSATÓRIA EM RÉPLICA EM RELAÇÃO AO RÉU ----. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A ACUSAÇÃO EM PLENÁRIO.

Em relação ao réu ---- o Ministério Público inovou na imputação na sessão plenária, vejamos:

Na denúncia, foram imputadas ao réu ---- condutas comissivas:

“Os denunciados ----e ----concorreram para o crime, implantando em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável e sem indicação técnica de uso, contratando o show descrito, que sabiam incluir exhibições com fogos de artifício, mantendo a casa noturna superlotada” Neste mesmo sentido andou a pronúncia:

“(...) Há indícios que o acusado era um empresário zeloso, cuidadoso em seus negócios e expert no ramo noturno, e que ele sabia o que acontecia”; “o acusado ---- costumava frequentá-la, tendo ido inúmeras vezes na boate e teria presenciado [...]”; Também consta no mesmo documento a preocupação de ---- com o tamanho das portas, achando que estavam pequenas.

Todavia, em plenário, o Ministério Público, na réplica, ao discorrer sobre a conduta de ---- para os jurados, afirmou:

“Digamos que o ---- não soubesse...cegueira deliberada. Cegueira deliberada é quando alguém que tem a obrigação de saber fecha os olhos.

Na ocasião, a defesa do réu ----, nos termos do art. 571-VIII do Código de Processo Penal, insurgiu-se, apontando a inovação acusatória pelo Ministério Público ao invocar a *teoria da cegueira deliberada* quando da imputação dos fatos ao réu.

O princípio da correlação entre a acusação e o julgamento impossibilita o julgador de se afastar da imputação realizada pelo Ministério Público ou pelo querelante, i. é vedado ao juiz julgar *extra petita* no que se refere exclusivamente à conduta criminosa descrita na denúncia ou na queixa.

Essa vedação da sentença extra petita no processo penal pátrio possui dupla proteção no Tribunal do Júri: na pronúncia e na apresentação da acusação aos jurados do Conselho de Sentença. No ponto, o legislador foi expresso ao limitar o Ministério Público, nos debates em sessão plenária, a fazer a acusação ao réu nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores, ressalvada a hipótese de circunstância fática superveniente que altere a classificação (imputação) do crime.

No caso dos autos, como visto acima, o Ministério Público acusou o réu ---- de ter praticado os fatos com dolo (eventual) porque ele era o responsável por *mandar e gerenciar* o estabelecimento e sabia de tudo que acontecia no local (contratação de show com exhibições com fogos de artifício, implantação da espuma e superlotação), tendo, na

sessão plenária, afirmado que ----, *ainda que não soubesse*, fechou os olhos deliberadamente.

Evidente, portanto, que a inovação do Ministério Público em plenário colheu de surpresa a defesa, inviabilizando o pleno exercício de defesa, de estatura constitucional.

O acórdão deve ser reformado. O Ministério Público do Rio Grande do Sul argui, com razão, ausência de inovação em Plenário e fidelidade à correlação entre denúncia e acusação em plenário, nas razões do recurso especial. Argumenta que a menção à teoria da cegueira deliberada foi feita para rebater argumento da defesa, apenas como reforço argumentativo para afastar a alegação de o acusado ----, sócio do empreendimento à época do ocorrido, não ter ciência das operações no local, cuja má gestão e condições física e estrutural, foram determinantes para o trágico desfecho. Apenas por amor ao debate, o promotor de justiça trouxe a lume a “teoria da cegueira deliberada”, explicitando que o agente não pode, deliberadamente, deixar de se informar para não ter que evitar uma conduta.

Para o Ministério Público, não houve violação ao Princípio da Correlação, primeiro, porque não se ampliou o objeto da imputação, e, segundo porque não houve prejuízo, já que a suposta conduta omissiva não foi reproduzida nos questionários dirigidos aos jurados. Foi possível à defesa, ademais, exercer o efetivo contraditório, quando de sua tréplica.

Com razão a acusação.

O princípio da congruência ou correlação, no processo penal, refere-se à necessidade de o Tribunal do Júri decidir a lide nos limites da lide, definida na denúncia e na sentença de pronúncia, a fim de garantir ao acusado clareza e coerência acerca dos fatos a ele imputados. No âmbito do Tribunal do Júri, após a reforma do Código de Processo Penal, a correlação faz-se diretamente entre a pronúncia, exarada nos limites da acusação, e os quesitos formulados aos jurados em plenário (HC 161.710/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 03/09/2015).

Em decorrência deste princípio, o Conselho de Sentença não poderá decidir fora ou além do limite acusatório fixado na sentença de pronúncia. No caso em apreço, os réus foram pronunciados pela prática de homicídios qualificados, nas formas consumada e tentada, tendo agido com dolo eventual porque, ao terem ciência das condições do local, assumiram o risco do resultado.

No quesito relativo ao dolo eventual, foi indagado aos jurados se, “assim

agindo” [aqui, a expressão englobou diversas condutas, tais como “determinar a implantação em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável”, “contratar show musical que sabia incluir exhibições com fogos de artifício de uso externo”, “manter a casa noturna superlotada, sem adequadas condições de evacuação e segurança”, etc], os réus -----e ----- concorreram para a prática do fato e assumiram o risco de produzir a morte das vítimas. Por isso, não se verifica disparidade entre a pronúncia e o que efetivamente foi questionado aos jurados.

Poder-se-ia cogitar a ocorrência de nulidade, acaso, por exemplo, os jurados fossem indagados acerca do quanto as condutas de -----, comissivas e omissivas, contribuíram para a consumação do fato criminoso. Foi o que ocorreu no precedente oriundo do julgamento do REsp 1.678.050/SP, de Relatoria do Exmo. Min. Sebastião Reis Júnior, citado pela defesa de ----- nas razões de apelação. Ali, declarou-se a nulidade absoluta em razão da violação ao Princípio da Correlação, porque a tese relativa ao dolo eventual não constava da denúncia e, nada obstante, foi formulado quesito a este respeito (e-STJ fls. 62.193/62.194). Mas isto não ocorreu aqui. A menção à “teoria da cegueira deliberada” foi feita apenas na réplica, pelo Promotor de Justiça, que a utilizou como reforço argumentativo. Não constou da quesitação.

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a diversidade de razões arguidas nos debates orais, como a indicação de condutas plúrimas e distintas às definidas na sentença de pronúncia, não ampliam o limite decisório julgado nem violam o princípio da correlação” (REsp 1.752.018/MT, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 21/05/2019).

Neste julgado, consignou-se que a extrapolação expositiva da manifestação ministerial não deve ser discutida sob o prisma do princípio da correlação, se os jurados não foram indagados sobre a parte excedente e se a decisão obedeceu aos limites da pronúncia. Confira-se:

[...]

Desse modo, sendo a congruência ou correlação exigida para a definição do crime a ser objeto de eventual condenação, não cabe discutir por esse princípio a extrapolação expositiva na manifestação ministerial, havendo decisão dentro dos limites da pronúncia, respeitados os limites do caso penal.

Note-se, exemplificativamente, que o órgão ministerial poderia no júri alegar que o réu também seria autor de roubos ou devedor de dívidas, mesmo não estando esses fatos em julgamento e, não sendo questionados os jurados sobre tais fatos, não haveria

extrapolação dos limites do caso penal. O limite não é para as partes, em suas razões, mas ao magistrado, na decisão da causa.

Nesse aspecto, é de se ressaltar que os quesitos, aos quais os jurados responderam afirmativamente, não extrapolaram a delimitação fática da sentença de pronúncia.

O limite, assim, deve ser observado entre a acusação constante na sentença de pronúncia, os quesitos formulados aos jurados, e o julgamento decorrente das respostas dos jurados. Não se estende às razões arguidas, escrita ou oralmente, durante o processo.

Constato, ademais, que a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar a ocorrência do prejuízo no caso em apreço.

O suposto prejuízo foi assim mencionado nas razões de apelação (fls. 62.190):

Uma vez mais, dada a natureza do Tribunal do Júri, não se tem como demonstrar, de forma concreta, o prejuízo sofrido pelo apelante. Entretanto, considerando a condenação integral nos termos da pronúncia, a elevada pena e sua imediata execução, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que maior prejuízo não há.

Novamente, aplica-se o entendimento de que a mera alegação de prejuízo advindo da condenação, da elevada pena e de sua imediata execução não basta para justificar o reconhecimento de nulidade, sem que se comprove qual o prejuízo que o réu suportou como decorrência direta da menção à “teoria da cegueira deliberada” na réplica. Ademais, conforme bem pontuou o Ministério Público, nas razões do recurso especial, não houve violação à ampla defesa e ao contraditório, porque foi dada à defesa a oportunidade de resposta, na tréplica.

Portanto, o Tribunal de Justiça gaúcho, ao declarar a nulidade do julgamento, em razão da menção pelo Promotor de Justiça, durante a réplica, da “teoria da cegueira deliberada”, violou os arts. 476 e 563 do Código de Processo Penal.

Violação ao artigo 619 do Código de Processo Penal

O Ministério Público estadual aponta a ocorrência de diversas omissões do aresto hostilizado, que ora reproduzo (fls. 63.365):

[...]

Efetivamente, suscitou-se a circunstância de que a defesa do réu -----apenas trouxe manifestação concreta quanto ao último sorteio de jurados suplementares, de forma que, tratando-se da chamada “nulidade guardada”, não poderia ser reconhecida, ante a preclusão da matéria. Foi dito ainda, que, interpostas correições parciais em face da decisão dispôs sobre os diversos pontos acerca da execução dos trabalhos do Tribunal do Júri, entre eles o número de jurados a serem sorteados nas sucessivas datas que

antecederam a sessão de julgamento, era aquele o momento correto para se impugnar o decisum, de forma que, não o fazendo, incidiu ali, também, a preclusão. Ainda, discorreu-se sobre a circunstância de que, tratando-se de nulidade absoluta, como foi tratada pelo órgão colegiado, poderia a Primeira Câmara Criminal reconhecer a eiva quando da análise das correições parciais ajuizadas para impugnar a decisão judicial em que contida a disposição acerca do sorteio daqueles primeiros 100 jurados, evitando a nulidade que agora reconhece.

Nenhum desses pontos, entretanto, mereceu atenção do órgão colegiado local, o que redundou, portanto, em negativa de prestação jurisdicional.

Em outros pontos, provocou-se o colegiado local ao enfrentamento das questões relacionadas a) à necessidade de demonstração de prejuízo concreto às partes para o reconhecimento de qualquer nulidade, seja ela relativa ou absoluta; b) à impossibilidade de o julgador atrair para si o ônus da demonstração de prejuízo; e c) à ausência de prejuízo concreto às partes.

Todos esses pontos, entretanto, foram ignorados pelo Tribunal a quo, não obstante devidamente provocado ao enfrentamento”

No entanto, os embargos de declaração, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, destinam-se ao aprimoramento da prestação jurisdicional, por meio da retificação do julgado que se apresenta omissivo, ambíguo, contraditório ou com erro material. O intuito é o esclarecimento ou a complementação do julgamento.

As teses trazidas pela acusação foram rechaçadas direta ou indiretamente. O Tribunal, ao julgar a apelação e os embargos de declaração, enfrentou todas as questões suscitadas no recurso especial, de forma cuidadosa e em longos arrazoados. Portanto, não evidenciada, no acórdão recorrido, a existência de ambiguidade, contradição, obscuridade ou omissão, não há violação ao art. 619 do CPP.

Pelo exposto, opino pelo conhecimento e provimento do recurso especial para afastar as nulidades e reformar o acórdão que anulou a condenação pelo Tribunal do Júri, restabelecer a sentença condenatória e a prisão preventiva dos réus.

Brasília, 11 de maio de 2023.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Subprocuradora-Geral da República