



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE PESSOAS. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. NEGATIVA DE AUTORIA SUPERADA PELA PROVA CONSTANTE NOS AUTOS. MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E DO CONCURSO DE PESSOAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA APLICADA QUE SE MOSTRA VIÁVEL.

Preliminar. Ausência do Ministério Público na instrução processual. Nulidade não declarada. Leitura dos artigos 201, 203 e 212 do CPP.

Não prevalece a alegação de insuficiência de provas relativamente à configuração do crime de roubo cometido pelo réu, dado que a prova colhida nos autos suficiente e uniformemente reconstituiu os fatos.

Mesmo que somente uma das vítimas tenha efetuado o reconhecimento do réu, fê-lo exatidão, emprestando relevante valor probatório na reconstituição dos fatos, mormente por não se ter demonstrados vícios quaisquer no depoimento.

Na esteira do entendimento desta Câmara não há o afastamento das majorantes do emprego de arma e do concurso de pessoas quando sua presença ostensiva está sintonizada com as circunstâncias do fato, com a palavra da vítima e a das testemunhas. Caso em que restou devidamente comprovada nos autos a participação ativa do réu no cometimento do crime por meio de divisão de tarefas, razão pela qual não há falar em afastamento da qualificadora de concurso de pessoas.

Redimensionamento da pena-base que se mostra necessário ante a valoração negativa de apenas um vetor do art. 59 do CP.

Na esteira do entendimento desta Câmara, restando configuradas duas majorantes, aplica-se a fração de 3/8 para o aumento da pena.

PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. POR MAIORIA. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE.

APELAÇÃO CRIME

Nº 70053361119

SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

COMARCA DE URUGUAIANA



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

ALEXANDRE ANTUNES GOMES

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, POR MAIORIA, EM REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE, VENCIDO O RELATOR QUE A ACOLOHIA PARA DECRETAR A NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA ABERTURA DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL OCORRIDA EM 01/09/2009, ANTE A AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO PROCESSUAL, EM VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, E, NO MÉRITO, À UNANIMIDADE, EM PROVER, EM PARTE, O RECURSO.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY (PRESIDENTE E REVISOR) E DES.^a LAURA LOUZADA JACCOTTET.**

Porto Alegre, 20 de junho de 2013.

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA,
Relator.

RELATÓRIO

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (RELATOR)



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

Trata-se de denúncia oferecida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra ALEXANDRE ANTUNES GOMES, nascido em 20.05.1983, com 23 anos de idade à época do fato, como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, inciso I e II, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal.

A denúncia restou assim lavrada:

“No dia 09 de abril de 2007, por volta das 18h40min, no interior do bazar Diverse, na Rua Marechal Setembrino de Carvalho, nº 649, em Uruguaiana, o denunciado Alexandre Antunes Gomes, em comunhão de vontades e conjugação de esforços com outro indivíduo ainda não identificado pela investigação policial, subtraiu, para si, mediante violência e grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, os bens descritos no auto das fls. 33/34, pertencentes a Marlene Machado Goulart, proprietária do estabelecimento comercial antes referido, bem como a quantia de R\$ 900,00 (novecentos reais), pertencentes a Patrícia Machado da Silva.

Na ocasião, o denunciado e seu comparsa chegaram ao estabelecimento vítima a bordo de uma motocicleta e, ambos brandindo armas de fogo, nele ingressaram, anunciando o assalto.

Rendidas as vítimas, dentre estas a proprietária da loja Marlene, e a cliente Patrícia, os meliantes levaram a efeito à subtração dos bens antes descritos, empreendendo fuga do local.

Os bens subtraídos foram avaliados indiretamente em R\$ 1.002,00 (um mil e dois reais), conforme auto das fls. 33/34 do inquérito policial.”

Recebida a denúncia em 19.07.2007 (fl. 61).

Citado (fl. 64v), o réu apresentou resposta à acusação por intermédio da Defensoria Pública (fl. 70).

Em audiência de instrução e julgamento foram ouvidas a vítima (fls. 88-89), as testemunhas arroladas pela acusação (fls. 83-87), e interrogado o réu (fl. 154).



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

Homologada a desistência da oitiva da vítima Patrícia e da testemunha Rob Nelson, arrolada pela acusação (fls. 117 e 121).

Atualizados os antecedentes criminais do réu (fls. 158-159v).

As partes apresentaram memoriais (fls. 161-164 e 165-167).

Sobreveio sentença (fls. 168-170v), publicada em 17.12.2012, julgando procedente a denúncia para condenar Alexandre Antunes Gomes como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal, nos seguintes termos:

“Analisando-se as circunstâncias do art. 59 do CP, para o fim de fixação da pena base, verifica-se que o acusado possui antecedentes. Tinha ao tempo da ação condições plenas de compreender o desvalor de seu agir e de determinar-se em consonância com as normas de direito. Inexistem registros seguros acerca de sua personalidade e conduta social. Motivou o agir do réu sentimento de cupidez e desejo de lucro fácil, próprios do tipo. As circunstâncias não são dignas de nota. As consequências foram próprias do tipo penal incriminador. O ofendido em nada contribuiu para a eclosão do evento.

Tendo em vista as balizadoras acima estampadas, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão.

Não existem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas, pelo que a pena provisória fica fixada em 05 anos de reclusão.

Incidentes duas majorantes (emprego de arma e concurso de agentes), pelo que aumento a pena em 1/2, tudo para estabelecê-la, modo definitivo, em 07 anos e 06 meses de reclusão.

Regime inicial: semiaberto, forte no artigo 33, §2º, b, do CP.

Fixo, ainda, a PENA DE MULTA no montante de 15 dias-multa, considerando as circunstâncias supra analisadas, no valor de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, já que não há informações sobre a situação financeira do réu.



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

Concedo ao réu o direito de apelar em liberdade, já que ausentes os fundamentos que justifiquem sua prisão provisória.

Concedo AJG ao réu, dispensando-o do pagamento das custas processuais.

Deixo fixar montante mínimo de reparação dos danos por não ter havido nesse sentido qualquer pedido nos autos e tampouco ter sido objeto de prova nos autos.”

Inconformado, apelou o réu (fl. 173).

Em razões recursais (fls. 174-177), afirma o réu que o conjunto probatório é insuficiente para ensejar a condenação. Assevera que a prova oral deve ser integralmente desconsiderada em face da ausência do *Parquet* na audiência de instrução e julgamento. Refere que três testemunhas relataram que não conseguiram visualizar o rosto do autor do fato. Alega que a palavra vítima Bianca não é suficiente para “afastar a dúvida razoável”, uma vez que possui interesse no deslinde condenatório. Assevera que não foi realizado reconhecimento pessoal em juízo. Aduz que a majorante do emprego de arma deve ser afastada, porquanto ausente a apreensão de qualquer arma e a inexistência de perícia a fim de constatar sua potencialidade lesiva. Menciona que a majorante do concurso de pessoas também deve ser afastada, porquanto não restou demonstrada a participação de um segundo indivíduo no crime. Ressalta que a pena-base foi fixada de maneira desproporcional. Requer a absolvição ou, subsidiariamente, o redimensionamento da pena, com o afastamento das majorantes descritas na denúncia.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 179-182v).

Remetidos os autos a esta Corte, a douta Procuradoria de Justiça exarou parecer pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 188-191).

Vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

VOTOS

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (RELATOR)

A Defensoria Pública suscitou a nulidade do processo sob a alegação de que o Magistrado, tendo em vista a ausência do Ministério Público, conduziu os depoimentos colhidos em audiência, tomando a iniciativa probatória, circunstância que afrontou o disposto no art. 212 do CPP.

Merece acolhimento a prefacial para que seja decretada a nulidade da prova oral colhida, ante a **ausência de acusação** no desenvolvimento processual.

Visualiza-se nos autos que o *Parquet*, nada obstante devidamente intimado, não compareceu a única solenidade na qual foi colhida a prova testemunhal acusatória, bem ainda quando da oitiva do réu mediante precatória, deslocando a tarefa de formulação de perguntas, no todo, aos Magistrados (fls. 81-89 e fl.153-154).

Ainda que – *é bem verdade* – a inversão da ordem de inquirição, como vem sendo decidido por esta egrégia Sétima Câmara Criminal, não influencie no regular desenvolvimento processual, a ausência completa da figura acusatória acabou por vulnerar um dos postulados magnos de isonomia processual, consistente na imparcialidade do julgador, que fica prejudicada mesmo sem, como no caso, a intenção do magistrado.

O Código de Processo Penal, em seu art. 564, assim prescreve:

**Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
(...)**

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...)

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

Em primeira análise, é possível entender que tal norma visa a proteger a própria sociedade, impedindo que o processo transcorra sem a presença do acusador, o que prejudicaria a *persecutio criminis*.

A Constituição Federal, em seu art. 129, inciso I, determina ser função privativa do Ministério Público promover a ação penal pública.

O direito do acusado de ser julgado por um juiz independente e imparcial impede que se acumulem na pessoa do magistrado as funções de produzir a prova acusatória e, ao depois, já psiquicamente vinculado à iniciativa probatória, vir a julgar o réu.

Com efeito, quando o Ministério Público se ausenta de todos os atos processuais, no presente caso o único realizado, onde foi colhida a prova testemunhal acusatória – oitiva da vítima e testemunhas de acusação –, outra coisa não se tem senão a direta e exclusiva iniciativa probatória/acusatória pelo próprio magistrado.

O art. 212 determina que as perguntas devam ser formuladas, inicialmente, pela parte que arrolou a testemunha, o que verdadeiramente consagra em nosso ordenamento processual penal o avanço rumo à adoção, por completo, do princípio acusatório, próprio do Estado Democrático de Direito em que vivemos

Assim, se o Promotor de Justiça não está presente e o magistrado, ainda que sob a boa intenção de prestar jurisdição, passa a inquirir a vítima e testemunhas de acusação diretamente, viola o juiz o dispositivo legal supramencionado.

O que poderia fazer o juiz para não se desvestir da posição de julgador imparcial e prejudicar a sua própria convicção, seria, nestes casos, oportunizar apenas perguntas à defesa, e, na ausência de questionamentos



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

às testemunhas de acusação, deveria dispensá-las. Ou ainda remarcar a audiência para buscar dar o necessário equilíbrio processual.

O que não se pode admitir no atual estágio de amadurecimento do constitucionalismo e da ciência processual penal no Brasil é que, com isso, o juiz – *por mais nobre que seja a sua intenção, ou seja, a de impulsionar o processo e prestar jurisdição* – tome a iniciativa de, com exclusividade, formular todas as perguntas à vítima e eventualmente às demais testemunhas de acusação, pois, ainda que (como é evidente no caso) sem a intenção de tomar parte em favor da acusação, acaba por prejudicar o acusado no seu direito de se defender apenas da acusação ministerial e das provas por ela produzidas, e de ser julgado por um juiz que se postou equidistante em relação a esta mesma produção probatória.

Enfatize-se que no atual quadrante de evolução do sistema processual penal, em franco avanço rumo ao sistema acusatório, não se pode conceber a função do Ministério Público apenas como a de proponente da ação penal. Sua atuação requer muito mais do que o mero oferecimento da denúncia. E essa atuação, antes de visar à proteção social, como sói ocorrer no Direito Penal, também tem o condão de proteger o acusado, para que este saiba de quem está se defendendo e quais as provas que precisa contrapor.

Por tais comemorativos, não vejo outra saída que não decretar a nulidade do processo a partir da abertura da audiência de instrução, para que o réu tenha o direito de ver-se processado com a garantia de um órgão acusador independente, o que acarreta, outrossim, a maior preservação da imparcialidade do julgador.

Com tais fundamentos, **acolho a preliminar e decreto a nulidade do processo a partir da abertura da audiência de instrução criminal ocorrida em 01/09/2009 (fl. 81).**



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

Se vencido na preliminar, passo à análise do mérito do recurso.

Provejo, em parte, o recurso.

Alexandre foi condenado pela prática do crime de roubo duplamente majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de pessoas nos termos do art. 157, §2º, I e II, do Código Penal à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão.

O réu busca em seu recurso a absolvição e, para tanto, sustenta que a prova constante nos autos é insuficiente a ensejar condenação. Alternativamente objetiva o afastamento das qualificadoras, bem ainda a redução da pena que lhe foi imposta. Assevera que a exasperação da pena-base em 01 ano acima do mínimo legal em face dos antecedentes, assim como o aumento da pena na fração de $\frac{1}{2}$ em razão de duas majorantes, é desproporcional.

Com efeito, da análise pormenorizada dos autos, verifica-se que não há alteração a ser realizada na sentença no que toca à condenação do réu.

A fim de evitar desnecessária tautologia, reporto-me à sentença lançada pelo Juiz de Direito, Dr. Ricardo Petry Andrade, que ao enfrentar a matéria referiu:

“A materialidade delitiva veio positivada no feito pelo boletim de ocorrência da fl. 08, pelo auto de avaliação de fl. 37/38, bem como pela prova oral coligida durante a instrução do processo.

A autoria, ao seu turno, embora tergiversada pelos acusados, restou tranquilamente comprovada nos autos.

O réu Alexandre, ouvido em juízo, negou a autoria delitiva, evidenciando que não sabe o porquê de estar sendo injustamente acusado dessa prática delituosa. Questionado, referiu que não conhece as vítimas do crime.



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

Pois bem, a versão sustentada pelo denunciado, porquanto inverosímil e absolutamente divorciada da realidade dos autos, já que apenas se limitou a negar a autoria. Dessa forma, tem-se que não merece guarida alguma para fins de absolvição.

Ocorre que a autoria delitiva, sem sombra de dúvidas, é apontada para Alexandre pela vítima Bianca Machado Goulart, tanto na fase policial como em juízo.

Na fase inquisitorial Bianca reconheceu o réu pessoalmente na Delegacia de Polícia como sendo a pessoa que entrou na loja de sua mãe com uma arma em punho e subtraiu determinada quantia em dinheiro e cartões telefônicos.

Ouvida na fase judicial manteve seu discurso, confirmando o reconhecimento operado na DP e apontando para Alexandre Antunes Gomes como sendo um dos autores do delito de roubo perpetrado no estabelecimento comercial de sua mãe.

Contou Bianca que quando chegou na loja se deparou com todas as pessoas deitadas no chão, exceto sua mãe que estava perto do caixa, sendo que visualizou o denunciado subtraindo dinheiro e cartões telefônicos do caixa. Disse que ele empunhava uma arma de fogo e que um outro indivíduo o esperava do lado de fora tripulando uma motocicleta. Disse que o réu vestia um capacete, mas estava com a viseira aberta, por isso o reconheceu.

As demais testemunhas, apesar de não terem visualizado com precisão o rosto do acusado, descreveram a conduta dele de forma idêntica a Bianca, inclusive, evidenciando que havia outro indivíduo do lado de fora da loja, esperando o acusado em cima de uma motocicleta, tendo o auxiliado na fuga.

A vista de tão manifesta harmonia entre o relato de Bianca e das demais testemunhas, não há como prosperar, modo algum, a manobra defensiva tendente a desmerecer, ausentes motivos sérios para tanto, a credibilidade e verossimilhança da prova oral colhida.

Por outro lado, tirante a palavra isolada do réu, nada há nos autos capaz de macular a honestidade dos depoimentos prestados.

De qualquer sorte, cumpre dizer que a palavra das testemunhas merece valia, na medida em que despida de qualquer sentimento de vingança ou desprezo.



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

Enfatiza-se, ainda, que a incidência da majorante do emprego de arma restou plenamente comprovada nos autos pela palavra das testemunhas, já que todas afirmaram que o réu empunhava uma arma de fogo durante a prática delitiva.

O concurso de agentes também restou demonstrado nos autos, já que todas as testemunhas perceberam a atuação de outro indivíduo na ação delitiva, em típica conduta de recíproco apoio e soma de esforços, ao vigiar o local vítima, bem como assegurar a fuga do local.

Diversos foram, é bem verdade, os patrimônios atingidos. Contudo, o crime foi um só, porquanto perpetrado de uma só vez e em um único momento, sendo idênticas, portanto, as circunstâncias de tempo, local e modo de execução. O que objetivava Alexandre, em verdade, era assaltar o estabelecimento comercial Bazar Diverse e como de fato fez! Não há que se falar, dessa forma, em desígnios autônomos e, por isso, na prática de crimes diversos, em concurso formal, tratando-se, pois, de crime único.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia e CONDENO Alexandre Antunes Gomes, qualificado supra, pela prática do delito a ele imputado, de roubo majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes, previsto no artigo 157, §2º, I e II, do Código Penal às penas abaixo fixadas.”

Comungo das conclusões a que chegou o magistrado sentenciante, motivo pelo qual as adoto como razões de decidir.

Vale ressaltar o testemunho prestado por Bianca, que reconheceu o réu como sendo um dos autores do crime (fls. 84-85):

Juíza: *Tava presente no bazar quando aconteceu o assalto?*

Testemunha: *Sim. Eu desci e vi todas as pessoas deitadas no chão exceto minha mãe que tava parada perto do caixa, é a Marlene, e o ladrão que entrou que eu vi tava no caixa retirando o dinheiro e as coisas do caixa, na hora que ele saiu eu vi bem ele porque eu não deitei no chão.*

Juíza: *Ele tava de capacete?*



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

Testemunha: Sim mas levantado na cabeça.

Juíza: Como ele era, a estatura dele?

Testemunha: Alto, cabelos saindo pra fora crespo, o nariz feio pontudo, grande, bem alto e magro, pele não muito morena.

Juíza: Tinha outra pessoa aguardando ele do lado de fora?

Testemunha: Sim mas eu não cheguei a ver esse.

Juíza: de motocicleta?

Testemunha: Sim.

Juíza: Tu chegaste a fazer o reconhecimento na policia?

Testemunha: Sim.

Juíza: Foi pessoas?

Testemunha: Sim ele mesmo estava lá.

Juíza: colocaram outras pessoas junto com ele?

Testemunha: Sim colocaram mais dois homens junto.

Juíza: E mesmo assim tu conseguiu reconhecer com certeza?

Testemunha: Sim, com certeza.

(...)”

(grifei)

Não restam dúvidas, portanto, da autoria e da materialidade do crime, porquanto coerentes, precisos e harmônicos os depoimentos prestados pelas vítimas.

E não se diga que não é possível se erigir juízo condenatório com base nestes elementos, pois que a firme narrativa de uma das vítimas, no que toca ao reconhecimento do réu, se não comprovada qualquer hipótese de vingança, antipatia, interesses econômicos ou outros menos honrosos, em outras palavras: injustiça ou imputação irresponsável, tem considerável peso probatório na reconstituição dos fatos.

Já no que toca ao pedido de afastamento das majorantes do emprego de arma e do concurso de pessoas, melhor sorte não assiste ao réu.



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

Filho-me ao posicionamento desta Câmara quando diz que *“mostra-se desnecessária a apreensão da arma utilizada no crime ou mesmo a realização de perícia, sendo suficiente a palavra da vítima para comprovar a ameaça sofrida em decorrência do emprego de tal instrumento”*¹.

A testemunha Dorivo declarou:

“Juíza: Ele estava armado? Testemunha: Sim tava armado. Juíza: Ele já chegou apontando a arma? Testemunha: Eu só vi o comando dele e a figura dele com a arma na mão.” (fls. 86-87).

No mesmo sentido foi o depoimento de Almir à fl. 83: *“... daí eu me fui pro chão e ele tava com a arma na mão...”*

Também a vítima Marlene, proprietária do estabelecimento comercial referiu que o réu estava armado (fls. 88-89)

De igual modo todas as testemunhas referiram que dois indivíduos chegaram de moto no local e que um dos indivíduos só entrou no estabelecimento por alguns instantes *“retirou algumas coisas e saiu”*, auxiliando o segundo, que efetuou a maior parte da subtração, após, na fuga.

Assim, tenho que devidamente comprovada a configuração das majorantes do emprego de arma e do concurso de pessoas.

Mantida a condenação do réu, passo à análise da pena que lhe foi aplicada.

O magistrado *a quo* considerou, para exasperar a pena-base em 01 ano acima do mínimo legal, negativo o vetor antecedentes.

¹ Apelação Crime Nº 70038274718, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Des^a Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 16/12/2010.



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

Com efeito, da certidão acostada às fls. 158-160v, verifica-se que o réu possui 05 sentenças penais condenatórias já transitadas em julgado, por crimes de homicídio e roubo.

Nada obstante pudesse ser uma destas sentenças ser considerada na 2ª fase da dosimetria da pena, como agravante da reincidência, sem que tal operação caracterizasse *bis in idem*, conforme preceitua a Súmula 241 do STJ, o juiz não o fez, e ausente recurso ministerial atacando tal operação.

Assim, sob pena de *reformatio in pejus*, mantém-se a consideração das sentenças transitadas em julgado apenas na 1ª fase da dosimetria.

Contudo, a exasperação da pena em 04 meses se mostra em sintonia com os critérios de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime, considerando que apenas um vetor foi considerado negativo, e não em 01 ano como operado na sentença.

Desta forma, fixo a pena-base de Alexandre em 04 anos e 04 meses de reclusão.

Pena esta que resta mantida na 2ª fase da dosimetria.

Já relativamente ao *quantum* considerado para aumentar a pena na 3ª fase da dosimetria, nada obstante o juízo sentenciante tenha aumentado em 1/2, tenho que o aumento deve ser operado em 3/8 em face da configuração de duas majorantes, tendo em vista o entendimento já consolidado nesta Câmara em consonância com a Corte Superior². Resta,

² PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DO QUE O PERMITIDO PELA PENA EFETIVAMENTE APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS AO PACIENTE RECONHECIDAS NA SENTENÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. **FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PROPORCIONAL À QUANTIDADE DE QUALIFICADORAS.** LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM NECESSIDADE DE DIMINUIÇÃO OU EXASPERAÇÃO.



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

assim, a pena definitiva de Alexandre fixada em **05 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão.**

Mantida a sentença no mais.

Ante o exposto, acolho a preliminar e decreto a nulidade do processo a partir da abertura da audiência de instrução criminal ocorrida em 01/09/2009 (fl. 81), e, acaso superada a preliminar, provejo, em parte, o

ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Configura constrangimento ilegal – por violação ao disposto no art. 33, § 2º, letra b, do Código Penal, que estabelece o regime inicial semi-aberto ao condenado não-reincidente cuja pena seja superior a 4 (quatro) e não exceda a 8 (oito) anos, como também ao § 3º do referido dispositivo legal, que impõe observância aos critérios previstos no art. 59 do aludido Estatuto Penal, para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena – a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pela sanção efetivamente aplicada, principalmente se a pena-base foi fixada no mínimo legal por ausência de reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

2. No caso, as razões expostas na sentença condenatória e acolhidas pelo acórdão impugnado, para a fixação de regime inicial mais severo, estão subsumidas no próprio tipo – roubo duplamente qualificado pelo uso de arma e concurso de pessoas –, que exasperou a pena-base (fixada no mínimo legal por ausência de reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente) em 3/8, não servindo como fundamento para a fixação de regime mais gravoso do que o permitido pela pena aplicada.

3. Na hipótese de existir concurso de causas de aumento da pena prevista para o crime de roubo, para evitar tratamento igual para situações diferentes, em princípio, a menor fração de aumento previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal deve ser destinada ao caso de apenas uma qualificadora; havendo duas, a majoração deve ser de 3/8; existindo três, eleva-se em 5/12; em se tratando de quatro, o aumento deve ser de 11/24; e, por fim, verificada a concorrência das cinco causas de aumento previstas, o acréscimo deve alcançar o patamar máximo, ou seja, a metade.

4. Entretanto, é claro que o Juízo sentenciante não está amarrado à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento da pena, tendo em vista que, havendo nos autos circunstâncias que indiquem a necessidade de exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, inc. II) ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa (CP, art. 157, § 2º, inc. I) –, a fração pode e deve ser elevada, contanto que devidamente justificada na sentença, servindo o mesmo raciocínio para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar fração inferior a 3/8.

5. De qualquer forma, respeitado o mínimo de 1/3 e o máximo de 1/2, como aumento para o roubo qualificado, optando o magistrado pela desproporcionalidade entre a quantidade de qualificadoras presentes no caso e a fração fixada, não se dispensa a motivação da decisão, com base nas circunstâncias concretas, seja para menor ou para maior elevação da pena.

6. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar o regime prisional semi-aberto para o cumprimento da pena aplicada ao paciente.

(HC 42459/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2005, DJ 10/10/2005, p. 403)



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

recurso, para reduzir a pena do réu para 05 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão.

É o voto.

DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY (PRESIDENTE E REVISOR)

Com a vênia do entendimento do relator, divirjo da preliminar de nulidade da instrução processual em razão da ausência do Ministério Público na referida solenidade processual.

Uma leitura atenta do art. 201 do Código de Processo Penal conduz à inelutável conclusão de que o procedimento ali descrito é regra de observação obrigatória por parte do julgador:

“Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.”

Assim, para exemplificar, ainda que o ofendido não tivesse sido arrolado por qualquer das partes, portanto, cabia ao magistrado determinar que comparecesse à audiência de instrução e julgamento, qualificando-o e fazendo-lhe obrigatoriamente as perguntas elencadas no dispositivo legal referido acima, quando menos – se não para cumprir disposição expressa de lei – em sinal de respeito pelo ofendido e como demonstração de que ao Poder Judiciário não é indiferente o delito de que foi vítima.

Assim também disciplina o art. 203 do CPP quando trata do procedimento atinente às testemunhas:



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

“Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.”

Como resulta de disposição literal na norma reproduzida acima, qualificada e compromissada a testemunha, *deve* ela – evidentemente que a convite do magistrado, como a lei lhe determina - *“relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.”*

Apenas findo esse relato o juiz poderia, entendendo que lhe era vedado dar expressão material ao dever de formar convicção sobre os fatos narrados na denúncia, declarar encerrada a instrução. Mas isso apenas se superada outra barreira: a do cumprimento do dever, derivado do acima referido – formar convicção -, de inquirir a testemunha sobre pontos não esclarecidos. É o que está disposto no parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal:

“Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

O verbo utilizado pelo legislador pareceria indicar a existência de uma faculdade – *poderá* -, mas o que ele define é, de fato, um poder-dever. O juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe, se alguma dúvida resulta do relato inicial feito pelas testemunhas - ao qual eventualmente irão se somar as respostas às perguntas formuladas pelas partes -, complementar a inquirição. Que a resposta às perguntas complementares,



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

em casos como o dos autos, pudesse vir em prejuízo do réu é juridicamente irrelevante, pois entender o contrário implicaria que essa complementação da inquirição, em todo e qualquer caso, somente poderia ser feita se as respostas *jamaís* viessem em prejuízo do acusado, o que é indiscutivelmente um absurdo. Afinal, o que restaria perguntar? Opiniões sobre temas atuais, quais os hobbies da testemunha ou suas preferências em literatura?

Sendo assim, a ausência do Ministério Público na audiência de instrução criminal não impede o juiz de realizá-la, observadas as regras acima transcritas. Evidentemente, que não se está aqui autorizando a parcialidade judicial, tampouco chancelando a atuação do juiz como se agente do Ministério Público fosse. Todavia, declarar a nulidade de toda instrução na qual o MP não se fez presente, parece-me generalização impossível de se operar, no interesse da salvaguarda dos interesses sociais inerentes ao processo penal.

No caso dos autos, o juízo singular, a meu ver, obedeceu rigorosamente ao regramento legal acima transcrito, não comprometendo sua imparcialidade as perguntas feitas à vítima e testemunha, razão pela qual não se faz necessária a declaração de nulidade da instrução.

Certo é que o Ministério Público é o titular da ação penal e que seu comportamento processual – no caso, a ausência injustificada a ato processual – poderá configurar descumprimento de dever funcional, matéria cuja análise cabe, evidentemente à instituição da qual faz parte.

Dirirjo, por conseguinte, do relator para não declarar a nulidade da instrução, e, no mérito, acompanho o provimento parcial do recurso de apelação.

DES.^a LAURA LOUZADA JACCOTTET



JCKS
Nº 70053361119
2013/CRIME

Acompanho o Revisor.

DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY - Presidente - Apelação Crime nº 70053361119, Comarca de Uruguaiana: "POR MAIORIA, REJEITARAM A PRELIMINAR DE NULIDADE, VENCIDO O RELATOR QUE A ACOLHIA PARA DECRETAR A NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA ABERTURA DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL OCORRIDA EM 01/09/2009, ANTE A AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO PROCESSUAL, EM VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, E, NO MÉRITO, À UNANIMIDADE, PROVERAM, EM PARTE, O RECURSO, PARA REDUZIR A PENA DO RÉU PARA 05 ANOS, 11 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO."

Julgador(a) de 1º Grau: RICARDO PETRY ANDRADE