



JRCS

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)
2012/CRIME

APELAÇÃO CRIME. LESÕES CORPORAIS GRAVES. ABSOLVIÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. NULIDADE POR INDEFERIMENTO DA OUVIDA DE TESTEMUNHA REFERIDA.

Testemunha presencial dos fatos, que constou da ocorrência policial e, embora não arrolada na denúncia, foi, expressamente, referida no depoimento da vítima em juízo. Ouvida que foi requerida pela assistência de acusação durante a instrução e que foi indeferida pelo juiz, que, após, na sentença, reconheceu ser necessário o depoimento, utilizando sua falta como fundamento da absolvição. Não pode o juiz, em desconformidade com a prerrogativa legal que lhe é outorgada no art. 209 do CPP, indeferir o pedido de ouvida de testemunha referida e, depois, absolver o réu pela falta desse testemunho. Evidente o prejuízo causado para o julgamento do feito pelo procedimento contraditório do magistrado de primeiro grau. Testemunha que deve ser ouvida para o esclarecimento da verdade, permitindo o julgamento do feito. Nulidade acolhida. Demais pleitos prejudicados. **Apelo provido.**

APELAÇÃO CRIME

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)

GUSTAVO

D. G. P.

V. P. S. J.

MINISTERIO PUBLICO

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL -
REGIME DE EXCEÇÃO
COMARCA DE PORTO ALEGRE

APELANTE/ASSISTENTE DE
ACUSAÇÃO
APELADO

APELADO

INTERESSADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



JRCS

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)
2012/CRIME

Acordam os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal - Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em acolher a preliminar para declarar a nulidade do processo a partir do encerramento da instrução e determinar as providências necessárias para a oitiva da testemunha **P. R. A. S.**, prejudicada a análise do mérito recursal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. VICTOR LUIZ BARCELLOS LIMA.**

Porto Alegre, 25 de fevereiro de 2016.

DR. JOSÉ RICARDO COUTINHO SILVA,
Relator.

RELATÓRIO

DR. JOSÉ RICARDO COUTINHO SILVA (RELATOR)

Na Comarca de Porto Alegre, o Ministério Público denunciou os réus **D. G. P. e V. P. S. J.**, dando-os como incurso nas sanções do art. 129, §1º, inciso I, combinado com o art. 29, *caput*, ambos do Código Penal.

Narrou a exordial acusatória:

*“No dia 03 de outubro de 2007, por volta das 01h30min, na Av. Farrapos, (esquina com a Rua Garibaldi – Posto de Gasolina Ipiranga) s/n, nesta capital, os denunciados **D. G. P. e V. P. S. J.**, em união de vontades e conjugação de esforços ofenderam a integridade corporal de **Gustavo**, desferindo-lhe “cabeçadas” e pontapés, produzindo-lhe as lesões corporais de natureza grave, pois determinantes de incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, conforme positivam os autos de exame de corpo de delito e exame complementar das fls. 20 e 38 do inquérito.*



JRCS

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)
2012/CRIME

O denunciado V. P. S. J. participou da agressão dando uma cabeçada na vítima.

O denunciado D. G. P., desferiu-lhe pontapés quando ela já estava no chão após a cabeçada.

O motivo do crime foi o fato de a vítima não querer pagar por um produto que ficou trancado na máquina de autoatendimento da loja da qual os denunciados eram seguranças.”

A denúncia foi rejeitada, com fulcro no art. 395, inciso III, do CPP (fl. 55).

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação (fl. 55v.), sendo que a Primeira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da apelação n. 70032602526, publicada em 12.01.2010, acordou em dar provimento ao apelo para receber a denúncia (fls. 130/134).

Habilitado assistente de acusação (fl. 74). Citados (fls. 165/165v. e 193/193v.), os réus ofereceram resposta à acusação (fls. 166/178 e 208/209). Durante a instrução, foram ouvidas a vítima (fls. 273/274), as testemunhas (fls. 313/315v.) e interrogados os réus (fls. 316/324).

Convertido o debate oral em memoriais (fls. 329/332, 334/337, 339/350 e 352/357), sobreveio sentença, publicada em 08.02.2012 (fl. 363), julgando improcedente a denúncia para **absolver** os réus da imputação que lhes foi imposta, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 358/363).

Os réus foram intimados da sentença (fls. 431/433).

Inconformado, o assistente de acusação apelou (fl. 367)

Em suas razões, o assistente de acusação, preliminarmente, arguiu a nulidade do processo por cerceamento da acusação, alegando nulidade absoluta, com fulcro no art. 564, inciso IV, do CPP, diante do indeferimento de produção de prova testemunhal inegavelmente importante à sustentação da tese acusatória, requerida pelo assistente de acusação. Alegou que o assistente de acusação indicou, regularmente, em momento



JRCS

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)
2012/CRIME

anterior ao início da instrução probatória, a oitiva de testemunha presencial, observando o disposto no art. 271 do CPP, ocasionando o seu indeferimento cerceamento de acusação. No mérito, busca a condenação dos acusados nos exatos termos da denúncia. Sustentou que a materialidade e autoria do delito restaram devidamente comprovadas, conforme auto de exame de corpo de delito, alegando ter sido o comportamento típico, sem causa de exclusão de ilicitude ou culpabilidade. Ainda, a gravidade dos ferimentos afastou a versão defensiva de que todas as lesões provocadas foram somente uma tentativa de imobilização, sendo que as declarações da vítima, aliada à prova documental, suficientes a ensejar o decreto condenatório. Nesse sentido, de se considerar que a vítima reconheceu os acusados na fase policial, sendo plausível que, com o passar do tempo, o equívoco quanto ao nome dos acusados. Da mesma forma, a vítima afirmou ter recebido diversos golpes de cassetete, sendo que o acusado **V. P. S. J.** utilizava tal instrumento no dia dos fatos, por ser o segurança do estabelecimento. Além disso, argumentou que as declarações prestadas em cartório pelo **Sr. Paulo** são perfeitamente admissíveis para a formação da convicção interna do julgador, por se tratar de prova documental, nos termos do art. 232 do CPP (fls. 379/394).

Contra-arrazoados os recursos (fls. 347/428), subiram os autos a esta Corte, operando-se sua distribuição, em 27.08.2012, ao eminente Desembargador Marco Aurélio de Oliveira Canosa (fl. 434).

Nesta instância, emitindo parecer, o Dr. Paulo Antonio Todeschini, Procurador de Justiça, opinou pela rejeição da preliminar arguida pela defesa do réu **D. G. P.** acerca da apregoada falta de justa causa, e pelo acolhimento da prefacial alegada pelo assistente de acusação, decretando-se a nulidade da sentença, devendo ser reaberta a instrução, a fim de proceder na oitiva da testemunha indicada (fls. 436/440).



JRCS

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)
2012/CRIME

O feito foi redistribuído a este relator, em regime de exceção, em 14.01.2015, para julgamento (fl. 441v.).

É o relatório.

VOTOS

DR. JOSÉ RICARDO COUTINHO SILVA (RELATOR)

Trata-se de apelação interposta pelo assistente de acusação contra a sentença proferida pelo Juízo da 9ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, julgou improcedente a denúncia para absolver os réus **D. G. P. e V. P. S. J.** dos delitos a eles imputados, com fundamento no art. 386, inciso VII, do CPP.

Em preliminar, sustenta o assistente de acusação a nulidade do feito por cerceamento de acusação, diante da nulidade absoluta do feito em razão do indeferimento de produção de prova testemunhal importante à sustentação da tese acusatória, requerida pelo assistente da acusação.

Segundo expôs o assistente de acusação, a nulidade estaria presente no indeferimento da oitiva da testemunha **Paulo**, que teria presenciado os fatos, arrolada pela parte após o oferecimento da denúncia, no momento em que foi habilitado aos autos.

Tenho que assiste razão ao recorrente.

No caso, embora não arrolada na denúncia, a testemunha referida já havia constado do boletim de ocorrência policial de fl. 08, como sendo pessoa que teria presenciado os fatos e se oferecido para testemunhar, deixando telefones de contato, o que foi reiterado pela vítima em juízo.

Ao oferecer a denúncia, o Ministério Público arrolou somente a vítima, tendo sido a denúncia rejeitada e recebida em sede de segundo grau. Nesse ínterim, foi habilitado o assistente de acusação, o qual trouxe aos



JRCS

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)
2012/CRIME

autos as informações sobre a testemunha, bem como declaração por escritura pública prestada no 7º Tabelionato de Porto Alegre, onde evidenciado seu conhecimento dos fatos.

Diante disso, o Ministério Público manifestou-se desfavoravelmente à oitiva da testemunha, tendo o juízo *a quo* indeferido a sua oitiva, até ser ouvida a vítima (fls. 190 e 198).

Ouvida a vítima, essa confirmou ter a testemunha Paulo presenciado o fato e, inclusive, lhe fornecido o número de seu telefone caso precisasse de seu testemunho (fls. 273/274).

No entanto, novamente requerida pela assistência de acusação, foi a oitiva da testemunha referida novamente indeferida pelo juiz de origem (fl. 297).

Sobreveio, então, sentença, absolvendo os réus dos fatos a eles imputados, fundamentando o magistrado sua decisão, entre outros motivos, na falta de ouvida da testemunha presencial dos fatos, conforme segue trecho da sentença (grifo nosso):

"[...] Do conjunto probatório, dúvidas não há quanto a materialidade, que restou comprovada pelo exame de corpo de delito (fl. 30) e pelo laudo de lesões corporais (fl. 43). Contudo, no que diz com a autoria, entendo estar nebulosa e incerta, visto que a única prova existente nos autos resume-se nos depoimentos da vítima Gustavo, que afirmou ter sido agredido injustamente pelos acusados, fato que fora negado por eles.

A vítima referiu que no dia do ocorrido ao sair do estabelecimento foi interceptada por um homem que se identificou como advogado, inclusive lhe forneceu seu telefone, pois teria presenciado as agressões. Ocorre, que esta testemunha sequer foi inquirida a fim de esclarecer e corroborar os fatos alegados pelo ofendido, fornecendo apenas um depoimento por escrito autenticado. Ressalta-se, que tal documento é ilegítimo e não possui força probatória, inclusive não pode ser valorado como meio de prova, visto que impossibilita o Magistrado de averiguar a sua fidelidade aos fatos, bem como torna inviável eventuais dúvidas e questionamentos pelas partes,



JRCS

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)
2012/CRIME

*ferindo o contraditório e ampla defesa. A dúvida se insurge ainda, quando a vítima informa as características físicas do acusado **D. G. P.**; ser ele um homem alto e de pele morena, quando na verdade **D. G. P.** é branco e de estatura baixa.*

Embora a palavra da vítima aponte pela ocorrência das agressões, a palavra dela surge isolada nos autos e, considerando a existência de possível desavenças entre os envolvidos, deve ser tomada com acentuada reserva. Há nítida dúvida sobre a (não) ocorrência do delito e, assim sendo, conforme é cediço, a dúvida necessariamente beneficia os denunciados, de modo que é imperiosa a absolvição. No mais, a presunção, no processo penal, deve ser valorada em favor dos réus e não contra eles.

[...]

*Ao meu ver, até pode ser que **Gustavo** tenha sido agredido pelos acusados na forma como narrou, mas a prova colhida nos autos não permite um juízo de certeza e probabilidade, ainda mais quando é possível ter a vítima fraturado o nariz em razão de ter o acusado **V. P. S. J.** caído por cima dela ao tentar imobilizá-la, eis que agarrou pelas costas, segurando as mãos da vítima para trás, o que possivelmente veio a se desequilibrar e cair por cima da vítima e esta bater com o rosto no chão. Frisa-se, que as testemunhas **Alexandre e Ronaldo**, de um modo geral, afirmaram terem trabalhado com os acusados e nunca ouviram qualquer informação desabonatória.*

Assim, diante de duas versões igualmente verossímeis, resta insuperável a dúvida acerca da ocorrência da agressão, impondo-se um decreto absolutório, em conformidade com o princípio do 'in dubio pro reo'."

Como se vê, a testemunha referida é presencial do fato, constou da ocorrência policial e, embora não arrolada na denúncia, foi, expressamente, referida no depoimento da vítima em juízo, tendo sido a ouvida requerida pela assistência de acusação durante a instrução e indeferida pelo juiz, que, após, na sentença, reconheceu ser necessário o depoimento, utilizando sua falta como fundamento da absolvição.



JRCS

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)
2012/CRIME

Ora, não pode o juiz, em desconformidade com a prerrogativa legal que lhe é outorgada no art. 209 do Código de Processo Penal, indeferir o pedido de ouvida de testemunha referida e, depois, absolver o réu pela falta desse testemunho.

Evidente o prejuízo causado para o julgamento do feito pelo procedimento contraditório do magistrado de primeiro grau.

Deve, portanto, a testemunha ser ouvida para o esclarecimento da verdade, permitindo o julgamento do feito.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DO ROL DE TESTEMUNHAS. ILEGALIDADE INEXISTENTE. 1- Não caracteriza nulidade ou ilegalidade a admissão do assistente de acusação em feito que versa sobre contravenção de vias de fato, deferida nos termos dos artigos 268 e 269 do CPP. 2- A inquirição de testemunha arrolada intempestivamente pelo assistente de acusação tampouco configura violação de direito ou abuso de poder, haja vista que a pessoa arrolada poderia ser inquirida como testemunha do juízo, conforme preceitua o art. 209 do CPP. 3- Aplicável, ainda, o princípio da busca da verdade real, que mais sentido adquire na espécie, porquanto a testemunha arrolada pelo assistente teria sido a única que presenciou os fatos. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 71004169140, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 17/12/2012). Grifo nosso

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, "CAPUT", DA LEI DE TÓXICOS. CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. PRELIMINARES. TESE DE NULIDADE DO FEITO. AUSÊNCIA DO DEPOIMENTO DO CONDUTOR NA LAVRATURA DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. A alegação defensiva de nulidade do feito, tendo em vista a ausência do depoimento do condutor no auto de prisão em flagrante, não merece passagem. E isso porque eventuais vícios que possam ocorrer no inquérito policial não contaminam a instrução probatória. Precedente do STF. AUSÊNCIA DO RÉU EM AUDIÊNCIA INSTRUTÓRIA REALIZADA POR JUÍZO DEPRECADO. DEVIDA INTIMAÇÃO DA DEFESA TÉCNICA. A ausência de requisição do denunciado para o ato instrutório, realizado no juízo deprecado, constitui nulidade relativa. No caso, não houve comprovação de prejuízo advindo da nulidade suscitada, o que obsta a sua declaração, na forma do art. 563 do Código de Processo Penal. OITIVA DE TESTEMUNHA, DE OFÍCIO, PELO JUIZ. PLEITO DE NULIDADE. Não estava o magistrado a quo, no caso em tela, a adotar posição supletiva à do órgão de acusação, mas sim buscava ele dirimir dúvida razoável sobre ponto relevante do processo, ao ouvir testemunha que não tinha sido indicada pelas partes, já que aquela poderia contribuir para o deslinde dos fatos, consoante o disposto nos artigos 209 e 156, ambos do CPP, vindo a



JRCS

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)
2012/CRIME

prestigiar a busca da verdade real, assegurada na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. ALEGAÇÃO DE MATERIALIDADE "INCERTA". É sabido que o crack constitui substância entorpecente justamente porque composto do alcalóide cocaína, descrito na Lista F1, nº 11, da Portaria nº 344, de 12/05/1998, da SVS/MS. Assim, as divergências apontadas pela parte recorrente não são capazes de tornar prejudicada a prova da materialidade, uma vez que é a presença da cocaína que torna típica a conduta denunciada. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. Suficiente o compêndio probatório, formado pela prova oral incriminadora, de rigor é a manutenção da sentença condenatória. PRETENSÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. As circunstâncias do presente, assim como a quantidade e a natureza da droga, não autorizam a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, por inobservância do requisito previsto no art. 44, inc. III, do Código Penal, pelo apelante. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. INICIAL FECHADO. Além disso, a fixação do regime fechado justifica-se ante a gravidade concreta do delito, em razão da quantidade, natureza dos entorpecentes apreendidos e das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal. PLEITO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES APREENDIDOS. Conforme se depreende do contexto probatório, a quantia apreendida é produto de crime, o que acarreta seu perdimento em favor da União, nos termos do art. 63 da Lei 11.343/06. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70038393 Justiça do RS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 25/04/2013). Grifo nosso

Ademais, trata-se de fato grave, não só pela gravidade das lesões, mas, também, ao que o contexto indica, por terem os agentes se aproveitado da superioridade numérica para continuar a agredir a vítima que já se encontrava caída, ocasionando lesões por diversas partes do corpo, além da fratura do osso do nariz.

Voto, pois, por acolher a preliminar para declarar a nulidade do processo a partir do encerramento da instrução e determinar as providências necessárias para a oitiva da testemunha **Paulo Roberto**, prejudicada a análise do mérito recursal.

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).



JRCS

Nº 70050713288 (Nº CNJ: 0377920-50.2012.8.21.7000)
2012/CRIME

DES. VICTOR LUIZ BARCELLOS LIMA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ - Presidente - Apelação Crime nº 70050713288, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR PARA DECLARAR A NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DO ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO E DETERMINAR AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA A OITIVA DA TESTEMUNHA **PAULO**, PREJUDICADA A ANÁLISE DO MÉRITO RECURSAL."

Julgador(a) de 1º Grau: CARLOS FRANCISCO GROSS