



DVHR

Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES
CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO.
AUSÊNCIA DO MAGISTRADO NA COLHEITA DA
PROVA ORAL. NULIDADE RECONHECIDA.**

**Ausência do magistrado nos atos de colheita de
prova.** Analisando as imagens das mídias que
registraram as sessões de audiência em que ouvidas
as testemunhas e interrogado o réu, percebe-se a
possibilidade de que o magistrado não tenha
permanecido na presidência do ato em todos os
momentos, o que configura violação ao princípio da
identidade física do juiz. O julgador é o destinatário da
prova produzida e, além disso, é responsável pela
adequada ordenação da instrução e pelo zelo à
regularidade dos atos processuais. Nulidade
reconhecida. Processo anulado a partir da audiência
ocorrida em 7 de janeiro de 2015, inclusive.
**Precedentes da Câmara. Determinação de
expedição de ofício à Corregedoria-Geral de
Justiça.**

**Determinada a expedição de alvará de soltura.
NULIDADE RECONHECIDA.
MÉRITO DO RECURSO PREJUDICADO.**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-
90.2015.8.21.7000)

COMARCA DE SÃO LEOPOLDO

DAMASO GERSON SOUZA DA
SILVA JUNIOR

RECORRENTE

MINISTÉRIO PÚBLICO

RECORRIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara
Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em acolher a



DVHR

Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

preliminar de nulidade por ausência do julgador na colheita da prova oral, decretando a nulidade do processo desde a audiência realizada em 7 de janeiro de 2015, inclusive (fl. 140). Prejudicado o mérito do recurso. Expeça-se alvará de soltura na origem em favor de Damaso Gerson Souza da Silva Júnior, se por outro motivo não se encontrar segregado. Encaminhe-se cópia dos autos e das mídias que o integram à Corregedoria-Geral de Justiça.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE) E DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES.**

Porto Alegre, 12 de novembro de 2015.

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

O Ministério Público ofereceu denúncia pela suposta prática do seguinte fato delituoso:

“No dia 03 de março de 2014, aproximadamente às 20h30, na Av. João Correa, Bairro Vicentina, o denunciado DAMASO GERSON SOUZA DA SILVA JUNIOR, mediante disparos de arma de fogo (não apreendida), matou a vítima Jarbas Saez Silveira, causando-lhe ferimentos por instrumento perfuro-contundente nas regiões supraclavicular, lombar e escapular, consoante auto de necropsia das fls. 73/80 do Inquérito Policial.

Na ocasião, o denunciado, ao avistar a vítima na rua. Efetuou disparos de arma de fogo contra Jarbas, atingindo-lhe nas regiões supraclavicular, lombar e escapular, causando-lhe a morte por hemorragia interna consecutiva a ferimentos por projetis de arma de fogo.

O crime foi cometido por motivos fúteis: primeiro, em razão de que, em momento anterior, a vítima havia repreendido o



DVHR

Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

denunciado por estar efetuando disparos de arma de fogo pelo bairro; segundo, pelo fato de que a vítima não concordava com a internação de sua namorada Gesiane, imã do denunciado, para tratamento da drogadição.

O crime também foi cometido por meio que dificultou a defesa da vítima, porque esta, que não portava arma de fogo, foi surpreendida pelo ataque armado do denunciado, sem que tenha havido discussão imediatamente antes do cometimento do crime.”

Na sentença, o magistrado consignou o seguinte relatório:

O Ministério Público, por seu órgão competente, com base no Inquérito Policial oriundo da 3ª Delegacia de Polícia de São Leopoldo, ofereceu denúncia contra DAMASO GERSON SOUZA DA SILVA JUNIOR qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 121, §2º incisos II (duas vezes) e IV, todos do Código Penal.

Narra a denúncia que o acusado matou a vítima Jarbas Saez Silveira, mediante disparos de arma de fogo.

A denúncia foi recebida em 09/09/2014 – fls. 85/87.

Citado (fls.124/125), o acusado apresentou resposta à acusação – fls. 129/130.

Durante a instrução criminal foram ouvidas quatro testemunhas e interrogado o acusado.

Convertidos os debates orais em memoriais a pedido das partes, o Ministério Público postulou seja o réu pronunciado nos termos da denúncia.

A defesa, por sua vez, pediu a impronúncia do acusado por ausência de indícios suficientes de autoria. Subsidiariamente, pediu o afastamento das qualificadoras.

Vieram os autos conclusos para prolação de sentença.

Acrescento que restou o réu pronunciado para responder perante o Tribunal do Júri pela suposta prática do delito previsto no artigo 121, §2º, incisos II (duas vezes) e IV, do Código Penal.

O réu, pelo Dr. Lisandro Luís Wottrich, Defensor Público, interpôs recurso em sentido estrito aduzindo, preliminarmente, a nulidade do processo por ausência do juiz na colheita da prova em audiência. No mérito, requereu a despronúncia diante da insuficiência de provas. Alegou, ainda, a nulidade absoluta da sentença pela inexistência de fundamentação quanto às qualificadoras. Por fim, aduziu que não existiam provas para seu



DVHR
Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

reconhecimento na pronúncia, consubstanciando-se, ainda, a qualificadora do motivo fútil em excesso de acusação (fls. 190-204).

O Ministério Público, pelo Dr. Sérgio Luiz Rodrigues, Promotor de Justiça, requereu a manutenção da pronúncia (fls. 211-217v.) e, em segunda instância, pelo Dr. Renoir da Silva Cunha, Procurador de Justiça, opinou pelo improvimento do recurso (fls. 220-222v.).

É o relatório.

VOTOS

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

I. Ausência do juiz na colheita da prova em audiência – nulidade reconhecida, mas superada.

Seria caso de acolher a nulidade aventada pela defesa, não fosse possível a constatação de desfecho meritório mais benéfico ao recorrente.

Efetivamente, embora não conste nos termos de audiência a circunstância de ter o magistrado se ausentado dos atos durante a colheita da prova oral, há verossimilhança nas alegações defensivas.

Analisando o teor das gravações integrantes das mídias acostadas às fls. 142 e 156, as quais contêm os depoimentos das testemunhas e interrogatório do réu, há indicativos de que o juízo não tenha permanecido *presidindo* o ato, mas tenha tão somente, na maioria dos depoimentos, realizado a qualificação das testemunhas.

Na primeira sessão de audiência ocorrido no processo, na data de 7 de janeiro de 2015 foram ouvidas as informantes Josiane Regina Souza da Silva, Gesiane Aparecida Souza da Silva e a testemunha Diego Immig da Silva de Mello (fl. 140).



DVHR

Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

Com efeito, durante o procedimento de inquirição de Josiane Regina Souza da Silva, ela **foi qualificada por uma voz masculina** supostamente pertencente ao magistrado (1s), que passou a palavra ao representante do Ministério Público (15s). Posteriormente, **a palavra foi passada à defesa por uma voz feminina** (4min16s) (fl. 142, mídia acostada, “00.09.30.629000”).

O mesmo ocorreu na oitiva da testemunha Diego Immig da Silva de Mello, o qual foi qualificado por **uma voz masculina** supostamente pertencente ao magistrado (1s), que passou a palavra ao representante do Ministério Público (11s). Da mesma forma, a palavra foi passada à defesa por **uma voz feminina** (2min30s) (fl. 142, mídia acostada, “00.06.55.230000”).

Igual procedimento foi adotado quando da oitiva de Gesiane Aparecida Souza da Silva, quem teria sido qualificada por **uma voz masculina** supostamente pertencente ao magistrado (1s), que passou a palavra ao representante do Ministério Público (19s). Mais adiante, a palavra foi passada à defesa por uma **voz feminina** (5min36s) (fl. 142, mídia acostada, “00.00.00.000000”).

Na outra sessão de audiência, ocorrida em 23 de fevereiro de 2015, foi ouvido o informante Damaso Gerson da Silva e interrogado o réu (fl. 153).

Damaso Gerson da Silva foi a última testemunha ouvida antes do interrogatório. A testemunha foi qualificada por uma **voz masculina** supostamente pertencente ao magistrado (1s), que passou a palavra ao representante do Ministério Público (11s). Diferentemente das outras testemunhas, a palavra foi passada à defesa **também por uma voz masculina** (5min45s) (fl. 156, mídia acostada, “00.00.00.000000”).



DVHR

Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

Por fim, o réu foi qualificado e questionado inicialmente por **uma voz masculina** supostamente pertencente ao magistrado, tendo, após, sido passada a palavra ao Ministério Público pela mesma voz (1min25s). Como ocorrido em todas as outras inquirições, com exceção de Gerson Damaso, a palavra foi passada para a defesa **por uma voz feminina** (6min5s) (fl. 142, mídia acostada, “00.07.51.643000”).

Saliente-se que não há qualquer explicação para o fato de não ser o magistrado – o presidente do ato – quem tenha passado a palavra para a defesa durante a inquirição dos informantes e testemunha, não se podendo cogitar de alguma justificativa plausível para tanto. Além disso, reitero que embora não haja consignação da defesa, já houve situações anteriores, na mesma comarca, em que referida nulidade foi reconhecida, por ter o magistrado se afastado da presidência do ato da colheita da prova oral, o que atribui ainda mais verossimilhança ao alegado pela defesa.

Nesse sentido, em reforço ao desfecho ora alcançado, colaciono ementas da Câmara que já examinaram a matéria:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DEFENSIVO. PRONÚNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADA PELO MOTIVO FÚTIL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DO MAGISTRADO NA COLHEITA DA PROVA ORAL QUE VAI ACOLHIDA, COM PREJUÍZO DO MÉRITO RECURSAL. Recurso provido. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70062363189, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 04/12/2014)

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DEFENSIVO. PRONÚNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRATICADA PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE DE OUTRO CRIME E ROUBO MAJORADO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DO MAGISTRADO NA COLHEITA DA PROVA ORAL QUE VAI ACOLHIDA, COM PREJUÍZO DO MÉRITO RECURSAL. Recurso provido” (Recurso em Sentido Estrito Nº 70063822555, 3ª Câmara Criminal do TJRS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 30/04/2015)



DVHR

Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)

2015/CRIME

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DO MAGISTRADO NA COLHEITA DA PROVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À INCIDÊNCIA DAS QUALIFICADORAS. NULIDADES ABSOLUTAS RECONHECIDAS. 1. Havendo evidências de que o magistrado, após qualificar as testemunhas, ausentou-se da sala de audiências, é de ser reconhecida a nulidade absoluta do ato, por violação ao princípio da identidade física do juiz. 2. Ainda, não contendo a decisão de pronúncia qualquer fundamentação quanto à incidência das qualificadoras, resta imperiosa a desconstituição parcial desta, com o fim de sanar a apontada irregularidade. PRELIMINARES ACOLHIDAS. DECLARADA NULIDADE PARCIAL DO PROCESSO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70065853095, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 01/10/2015)

Assim, é caso de acolher a nulidade com o fim de decretar a nulidade do processo desde a audiência realizada em 7 de janeiro de 2015 (fl. 140), inclusive.

O desfecho adotado indica estar prejudicado o mérito e as demais teses do recurso interposto.

Por fim, conforme providência já adotada pela Câmara em outras oportunidades, é caso de determinar a expedição de ofício à Corregedoria de Justiça, com cópia dos autos e das mídias, a fim de adotar as eventuais medidas cabíveis.

II. Prisão

Deve ser concedida a liberdade provisória ao recorrente, tendo em vista que está segregado desde 11 de novembro de 2014, tendo, agora, o período de segregação preventiva prolongado por motivo pelo qual não deu qualquer causa o réu ou sua defesa.

III. Dispositivo

Diante do exposto, acolho a preliminar de nulidade por ausência do julgador na colheita da prova oral, decretando a nulidade do processo desde a audiência realizada em 7 de janeiro de 2015, inclusive (fl. 140). Prejudicado o mérito do recurso. Expeça-se alvará de soltura na



DVHR
Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

origem em favor de Damaso Gerson Souza da Silva Júnior, se por outro motivo não se encontrar segregado. Encaminhe-se cópia dos autos e das mídias que o integram à Corregedoria-Geral de Justiça.

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES

No caso, acompanho o eminente Relator, mas consigno que meu entendimento sobre a questão, em tese, vai além do caso concreto sob exame.

Com efeito, ao examinar as mídias das audiências realizadas no curso do *judicium accusationis*, constata-se, como sustentado pelo recorrente e como bem observado pelo eminente Relator, que o magistrado *a quo* se ausentou da sala de audiências durante os depoimentos das testemunhas, deixando a presidência dos trabalhos a uma serventuária da Justiça. Tanto se conclui pela observação das mídias. A voz feminina que passa a palavra à defesa e, depois, declara encerrada a inquirição dos testigos, evidentemente não é a do *magistrado*.

Pois bem, frente a essa situação, em casos semelhantes ocorridos na mesma comarca e envolvendo o mesmo magistrado, essa Câmara Criminal tem *anulado* os atos judiciais e determinado sua renovação, conforme precedentes colacionados no voto do eminente Relator.

Após melhor refletir sobre a questão, no entanto, estou a modificar meu entendimento. Isso porque, em verdade, tais audiências *não existem*, juridicamente. De fato, sim, foram realizadas, tanto que as mídias com os depoimentos estão nos autos. Mas *juridicamente* não existem. Isso porque uma audiência conduzida por um serventuário da Justiça é como uma sentença assinada pelo escrivão: ato jurídico inexistente.



DVHR

Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

A obrigatoriedade da presença do juiz nas audiências de instrução decorre diretamente da LC nº 35/79 (LOMAN), cujo artigo 35, VI, dispõe ser dever do magistrado “comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término”. Indiretamente, é consequência lógica de inúmeros dispositivos legais dos Códigos de Processo Civil e Penal. Veja-se o artigo 125 do CPC, segundo o qual “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código [...]”. Ainda, o Código de Processo Penal dispõe, em seu artigo 794, que “a polícia das audiências e das sessões compete aos respectivos juízes”, e nos dispositivos legais que disciplinam a produção da prova oral, expressamente prevêem a atuação do magistrado, seja interrogando o acusado, seja fiscalizando a regularidade da inquirição das testemunhas.

Em síntese, a presidência da audiência é atribuição do magistrado, do que decorre que, *juridicamente*, os atos praticados na sua ausência *não existem*. Não se trata propriamente de *nulidade*, mas de *inexistência* do ato judicial.

Consequência disso, com efeito, é a nulidade *do processo*, nos termos do artigo 564 do Código de Processo Penal, em uma interpretação extensiva, por *falta* do ato processual (audiência de instrução e julgamento). Tanto, porém, é diferente da *nulidade da audiência propriamente dita*, o que ocorre quando a prova é nela produzida com algum vício procedimental.

Entre essas hipóteses há uma diferença substancial. Não vejo como aproveitar o *material* produzido neste ato juridicamente inexistente, ainda que a beneficiar o acusado. Nesta linha, a persistir a proposta do eminente Relator, se estará despronunciando o acusado com fundamento em prova inexistente. Sim, porque não produzida perante o juiz, como determina o ordenamento jurídico. Seria como, *mutatis mutandis*, um acórdão proferido em sessão da qual estivesse ausente um – ou mais – dos desembargadores que integram o colegiado. A questão não está no plano da



DVHR

Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

validade, mas da existência, juridicamente concebida. E se o ato não existe, não pode surtir efeitos (ao contrário do ato nulo, que enquanto não declarada a nulidade, surte plenos efeitos).

Destarte, reputo não ser o caso de relevar um vício procedimental para decidir em favor do acusado. Tenho que, diante da inexistência dos atos jurídicos, não há substrato com base no qual decidir. E a falta de termo obrigatório do processo, como é a audiência de instrução no procedimento penal – é o que decorre dos artigos 399 e 400 do CPP – impõe a *anulação do processo*, a partir do ato que se reconhece inexistente.

Por fim, consigno que a assinatura aposta pelo juiz nos termos de audiência não enseja conclusão diversa. Não desconheço que é o *termo de audiência* o documento do qual se deve extrair a existência do ato jurídico. Ocorre que, no caso, a observação das mídias não deixa dúvidas de que o magistrado *não conduziu as audiências*. Em verdade, os mencionados termos de audiência não conferem com o que se passou na prática, como bem destacado no voto do eminente Relator, pelo que não é possível se apegar a esses documentos a efeito de afirmar a *existência* dos atos judiciais.

Enfim, estou acompanhando o Relator, inclusive, na concessão da liberdade provisória.

É como voto.

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO - Presidente - Recurso em Sentido Estrito nº 70066351156, Comarca de São Leopoldo: "À UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DO



DVHR

Nº 70066351156 (Nº CNJ: 0320493-90.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

JULGADOR NA COLHEITA DA PROVA ORAL, DECRETANDO A NULIDADE DO PROCESSO DESDE A AUDIÊNCIA REALIZADA EM 7 DE JANEIRO DE 2015, INCLUSIVE (FL. 140). PREJUDICADO O MÉRITO DO RECURSO. EXPEÇA-SE ALVARÁ DE SOLTURA NA ORIGEM EM FAVOR DE DAMASO GERSON SOUZA DA SILVA JÚNIOR, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO SE ENCONTRAR SEGREGADO. ENCAMINHE-SE CÓPIA DOS AUTOS E DAS MÍDIAS QUE O INTEGRAM À CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA."

Julgador(a) de 1º Grau: JOSE ANTONIO PRATES PICCOLI