



CAE

Nº 70064250376 (Nº CNJ: 0110415-21.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO.**

**I – PRELIMINAR DE NULIDADE EM FACE DA VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.** Nos termos do art. 396 do CPP, após o recebimento da denúncia, deve o magistrado ordenar a citação do acusado para responder à acusação. Após o feita a citação, deve ser analisada a hipótese de absolvição sumária (art. 397 do CPP), e só depois ser designada audiência de instrução e julgamento, o que não foi observado no caso dos autos. Não é possível que, em nome da celeridade processual, o princípio do devido processo legal seja violado. Feito anulado.

**II – PRELIMINAR DE NULIDADE. MAGISTRADO NÃO PERMANECEU PRESIDINDO A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.** A gravação da audiência de instrução e julgamento dá conta de que o magistrado não permaneceu presidindo a solenidade durante todo o ato. A lei não autoriza que a atividade jurisdicional seja delegada a quem quer que seja.

**PRELIMINARES ACOLHIDAS.  
PROCESSO ANULADO.**

APELAÇÃO CRIME

SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70064250376 (Nº CNJ: 0110415-21.2015.8.21.7000)

COMARCA DE SÃO LEOPOLDO

XXXXXXXXXX

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em acolher as preliminares arguidas pela defesa para anular o processo a partir do recebimento da resposta à acusação, nos termos do voto, bem como em determinar a remessa de cópia da decisão e da mídia da fl. 148 à Corregedoria Geral de Justiça, a fim de que sejam adotadas as medidas cabíveis.

Custas na forma da lei.



CAE  
Nº 70064250376 (Nº CNJ: 0110415-21.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA E DES.<sup>a</sup> JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS.**

Porto Alegre, 12 de maio de 2016.

**DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY,**  
**Relator.**

## **RELATÓRIO**

### **DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY (RELATOR)**

Na comarca de São Leopoldo/RS, o Ministério Público denunciou **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, nascido em 20/04/1983, com 28 anos de idade à data do fato, filho de Ademir Souto e de Dalva Maria Souto, dando-o como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, pela prática do seguinte fato:

“No dia 19 de outubro de 2011, por volta das 19h50min, na Avenida Imperatriz Leopoldina, Bairro São José, neste Município, no estacionamento do Hipermercado Big, o denunciado **XXXXXXXXXXXXXXXXXX** **subtraiu, para si**, um rádio automotivo da marca Buster, modelo BB-5503ND, bem pertencente à vítima Chailton Araújo Barbosa, avaliado em R\$ 190,00 (cento e noventa reais), conforme auto de avaliação indireta da fl. 31.

Na ocasião, o denunciado adentrou no veículo da vítima, que estava no estacionamento do Hipermercado Big, e subtraiu o bem supracitado. Ato contínuo, **XXXXXXX** empreendeu fuga do local, correndo em direção ao Centro da Cidade, sendo perseguido por algumas pessoas.

Em seguida, a Brigada Militar foi informada sobre o fato e logrou êxito em localizar o denunciado na Rua Presidente Roosevelt, de posse do rádio furtado, motivo pelo qual foi abordado e preso em flagrante.

A vítima reconheceu como seu o objeto furtado, que estava em poder do denunciado.

A *res furtivae* foi apreendida (auto de apreensão da fl. 14) e restituída à vítima (auto de restituição da fl. 15).

O denunciado é reincidente (processos 033/2.05.0001194-0 e 033/2.05.0045091-9)”.  
O denunciado foi preso em flagrante delito em 19/10/2011 (fl. 04), tendo sido homologado o respectivo auto e convertida a prisão em preventiva (fls. 54-55).

Recebida a denúncia em 25/11/2011 (fl. 78-v), o réu foi citado (fl. 92v), apresentando resposta à acusação (fl. 81).

Revogada a prisão preventiva do réu em sede de *habeas corpus* (fl.118), sendo o réu solto em 21/03/2012 (fl. 122).



CAE

Nº 70064250376 (Nº CNJ: 0110415-21.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

Procedida à análise do art. 397 do CPP, foi designada audiência de instrução e julgamento.

Durante a instrução foram ouvidas cinco testemunhas (fls. 209-212v), bem como interrogado o réu (fl. 213-v).

Apresentados os memoriais (fls. 161-162v e 164-165).

A sentença (fls. 166-168v) julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o acusado, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, às penas de 01 ano de reclusão (pena-base de 01 ano e 02 meses, atenuada pela confissão em 02 meses, aumentada em 06 meses pela reincidência e reduzida em 1/3 pela tentativa), a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e pecuniária de 10 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Publicada a sentença em 07/08/2013 (fl. 169) e intimadas as partes, apelou o réu, em liberdade.

A defesa (fls. 182-192) alega, preliminarmente, a nulidade do procedimento, visto que o juiz ao receber a denúncia, no mesmo momento, também designou audiência de instrução e julgamento. Postula, ainda, o reconhecimento de nulidade absoluta em razão da ausência do juiz na colheita da prova em audiência. No mérito, alega tratar-se de crime impossível, eis que o acusado estava sendo monitorado no estacionamento vítima por câmeras de segurança, sendo o caso, inclusive, de aplicação do princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer o afastamento da agravante da reincidência.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 193-200v), subiram os autos.

Nesta Corte, o Ministério Público (fls. 202-205v) opinou pelo desprovimento do apelo defensivo.

É o relatório.

## VOTOS

### DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY (RELATOR)

A defesa alega duas nulidades absolutas. A primeira, em razão da violação ao devido processo legal; a segunda, pela ausência do Juiz durante a colheita da prova.

Adianto que ambas merecem acolhimento.

O Ministério Público denunciou o acusado como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal. A peça inaugural foi recebida em 25/11/2011 (fls. 78-v). Na mesma oportunidade, foi determinada a citação do réu para responder à acusação. Ainda, foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia 07/03/2012, posteriormente transferida para o dia 27/04/2012, conforme decisão de fls. 107/108.

O réu foi citado, apresentando resposta à acusação. Não houve, todavia, análise da absolvição sumária, passando-se à realização da audiência de instrução e julgamento. Reproduzo o termo de audiência (fl. 147):



CAE

Nº 70064250376 (Nº CNJ: 0110415-21.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

“(…)

“Aberta a solenidade com as formalidades legais, passou-se à oitiva das testemunhas de acusação JONATHAN, MARCOS pelo sistema de gravação. O MP desiste da oitiva da testemunha e vítima Chailton, com a concordância da defesa, foi homologado. Passou-se então a oitiva das testemunhas de defesa PATRÍCIA e ANTÔNIO pelo sistema de gravação. A defesa desiste da oitiva da testemunha FELIPE. Passou-se então ao interrogatório do acusado pelo sistema de gravação. Com a oitiva de todas as testemunhas e o interrogatório do acusado, encerro a instrução. As partes não tem diligências a requerer. Atualizem-se os antecedentes do acusado. Converto os debates orais em memoriais, a serem apresentados no prazo sucessivo de 5 dias, a começar pelo MP, após o prazo para impugnação da gravação. Encerrada a solenidade, os presentes foram cientificados e intimados. Nada mais.”

É compreensível que o magistrado, em nome da celeridade processual, tenha entendido ser o caso de, em uma mesma decisão, receber a denúncia, determinar a citação para que o acusado responda à acusação e, ainda, designar audiência de instrução e julgamento. Ocorre, porém, que há previsão **expressa** no Código de Processo Penal – art. 396 – determinando que, oferecida a denúncia, o juiz, se a receber, deverá determinar a citação do acusado para responder à acusação. Recebida a resposta, o magistrado deve proceder à análise da absolvição sumária, conforme o disposto no art. 397 do CPP, e, só depois, designar audiência de instrução e julgamento.

O procedimento utilizado pelo julgador de primeiro grau contraria a ordem processual vigente e, conseqüentemente, viola o princípio do devido processo legal, o que é inadmissível.

Por tais razões, **anulo o processo a partir da apresentação da resposta à acusação pelo acusado**, visto que violado o princípio do devido processo legal, de modo que seja analisada a hipótese de absolvição sumária e, só depois, designada audiência de instrução e julgamento.

Vencido nesta preliminar, entendo que o processo comporta anulação em face de uma segunda irregularidade.

Primeiramente, registro que, de fato, não foi consignada no termo de audiência qualquer insurgência acerca da ausência do magistrado durante o ato; entretanto a análise da gravação da audiência (fl. 148) dá conta de que o Juiz não permaneceu presidindo a solenidade, mas tão somente qualificou as testemunhas.

Quando do início da solenidade, percebe-se que o magistrado José Antônio Prates Piccoli (voz masculina) qualifica a testemunha Jonathan Luiz Rush, passando, a seguir, a palavra ao Ministério Público (01min e 15s). A partir daí, o julgador não mais se manifesta, o que fica claro a partir da finalização da inquirição



CAE

Nº 70064250376 (Nº CNJ: 0110415-21.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

da testemunha pelo representante do órgão ministerial, quando pode ser ouvida uma voz feminina passando a palavra à defesa (02min e 04s).

Idêntico procedimento foi realizado quando da oitiva da testemunha Marcos Vinício Santos da Silva: a qualificação da testemunha foi feita por pessoa com voz masculina – presumivelmente o magistrado – que, ato contínuo, passou a palavra à acusação (01min e 21s). Após, uma voz feminina passou a palavra à defesa (02min e 14s).

O mesmo aconteceu também no que diz respeito à testemunha Patrícia do Nascimento Arnol: aos 08s do áudio percebe-se que o Juiz passa a palavra à defesa e aos 01min e 27s é a voz feminina que passa a palavra ao órgão ministerial.

Tal não ocorreu na inquirição da testemunha Daphne Jane Liberato, em que o magistrado passou a palavra ao Ministério Público (53s) e imediatamente após à defesa (55s).

Quanto à testemunha Antônio Ardori Vargas, arrolada pela defesa, o magistrado passa a palavra à defesa (10s), todavia não se ouve voz masculina ou feminina passando a palavra ao órgão ministerial, que se manifesta aos 01min 12s.

Durante interrogatório, o magistrado qualificou e fez perguntas ao réu, passando a palavra ao representante do órgão ministerial (01min e 02s). Após, a mesma voz masculina passou a palavra à defesa (01min e 03s).

A nulidade processual é gritante.

Toda e qualquer audiência deve ser presidida por magistrado, não autorizando a lei que a atividade jurisdicional seja delegada a quem quer que seja. E essa obrigatoriedade torna a audiência de instrução, por via de consequência, um **ato inexistente**.

Registro que essa mesma irregularidade já foi reconhecida por este Tribunal de Justiça em outra oportunidade; aliás, nesta mesma sessão de julgamento há outro processo do mesmo magistrado e com a mesma situação ora relatada<sup>1</sup> –, o que torna verossímil a alegação da defesa, levando-me a crer que não se trata de fato isolado:

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

---

<sup>1</sup> 70064655681.



CAE

Nº 70064250376 (Nº CNJ: 0110415-21.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

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 Nº 70066351156, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 12/11/2015)

**É de ser decretada, portanto, a nulidade da audiência realizada no dia 27/04/2012, assim como os atos subsequentes.**

Determino, ainda, a remessa de cópia da decisão e da mídia (fl. 148) à Corregedoria de Justiça, a fim de que sejam tomadas as medidas cabíveis.

**Isso posto**, acolho as preliminares arguidas pela defesa para anular o processo a partir do recebimento da resposta à acusação, nos termos do voto, bem como determino a remessa de cópia da decisão e da mídia da fl. 148 à Corregedoria de Justiça, a fim de sejam adotadas as medidas cabíveis.

**DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (REVISOR)**

Mais do que em qualquer outro ramo do direito, na seara criminal - **em particular no processo penal, através do qual o Estado intervém no direito de liberdade do indivíduo** -, as fórmulas constituem, elas próprias, garantias do acusado (*Procedural due process*), isto é, de que ele será acusado por órgão diverso do julgador, terá sempre o direito a um defensor, de sua escolha ou público, será citado e notificado previamente de todos os atos processuais, terá respeitado o *iter* processual previamente definido em lei, e ser julgado por juiz natural, independente e imparcial. Enfim todas as garantias mínimas essenciais no Estado Democrático de Direito.

É corolário dessa compreensão que a citação, além de ser o ato pela qual o réu tem ciência do que ele está sendo acusado, é também o momento em que formalmente se abrem as possibilidades de realização, pelo acusado, de seu direito de defesa, sendo, portanto, tal ato algo muito além de uma mera formalidade, razão pela qual a sua não observação abala os alicerces sobre os quais está assentado, pelo Estado, o *jus puniendi*. Em outras palavras, não tendo havido citação, o processo é nulo.

De igual modo, ao determinar a citação e incontinenti designar audiência de instrução e julgamento, sem análise e referência expressa da (im)possibilidade de absolvição sumária, há inexorável amputação de ato legal consistente na possibilidade de o processo ter fim imediato, lembrando-se que o processo penal é sempre tenso e oneroso para o acusado em primeiro lugar, mas também dispendioso para o Estado. É, pois, em primeiro lugar, direito do réu de ter analisada a possibilidade de absolvição sumária, que, como bem apontou o nobre relator, não ocorreu no caso em debate.



CAE

Nº 70064250376 (Nº CNJ: 0110415-21.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

Por fim, sendo o juiz o destinatário da prova, e sendo ele o *dominus processus*<sup>2</sup>, é nula a audiência realizada sem a sua presença, ainda que a ausência seja temporária e ocasional. Trata-se de violação fatal ao **princípio da imediatidade**, qual seja o mandamento de que o magistrado tem de ter contato direto e imediato com a coleta da prova em juízo, salvo as exceções previstas em lei, formando, dessa forma, mais facilmente sua convicção<sup>3</sup>. A expressão *facilmente* aqui, para que não se confunda, deve ser interpretada como sinônimo de **segurança**, colhida no campo hermenêutico de que fazem parte as provas produzidas em audiência sob a presidência pessoal e direta do magistrado, que delas terá as impressões necessárias e indeclináveis formadoras da sua convicção, a serem indeclinavelmente externadas na fundamentação da sentença.

Tal é a importância da presença do Juiz na audiência, que o artigo 212 do CPP lhe permite complementar as perguntas, se entender insuficientes as até então formuladas, de molde a que ele possa ampliar e aprofundar a cognição, podendo, inclusive, através de sua intervenção, dar outro rumo à prospecção da prova.

Dito isso, da análise do conteúdo do CD da fl. 148, tem-se que o fato de a distribuição em audiência de instrução da palavra às partes (voz feminina), reforça a afirmação lançada em razões de apelação pela Defensoria Pública.

Portanto, por medida de cautela e no intuito de não haver violação ao princípio do devido processo legal (*Procedural due process*), bem ainda garantindo-se a ampla defesa, outra alternativa não há senão anular o processo.

**DES.<sup>a</sup> JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY** - Presidente - Apelação Crime nº 70064250376, Comarca de São Leopoldo: "À UNANIMIDADE, ACOLHERAM AS PRELIMINARES ARGUIDAS PELA DEFESA PARA ANULAR O PROCESSO A PARTIR DO RECEBIMENTO DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO, BEM COMO DETERMINARAM A REMESSA DE CÓPIA DA DECISÃO E DA MÍDIA DA FL. 148 À CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA, A FIM DE QUE SEJAM TOMADAS AS MEDIDAS CABÍVEIS."

Julgador(a) de 1º Grau: KAREN LUISE VILANOVA BATISTA DE SOUZA

<sup>2</sup> BRASILEIRO DE LIMA, Renato. MANUAL DE PROCESSO PENAL. Salvador: Editora Jus Podium. 2015. Pág. 1.182.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. MANUAL DE PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. Pág. 117.