



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ. NULIDADE DO PROCESSO DECRETADA.

Caso em que a Magistrada, ao lançar na sentença inequívoco sentimento íntimo de felicidade pela ausência de robustez da versão defensiva, revelou, seja involuntária, seja inconscientemente, sua impossibilidade de julgar a causa, dado que ela própria evidenciou sua inclinação psicológico-afetiva *ab initio* para a tese acusatória, inquinando, desta forma, sua própria atuação no feito ao desatender a exigência constitucional de eqüidistância na posição de um julgador imparcial.

Corolário do princípio do Juiz Natural (art. 5º, incisos LIII e XXXVII da CF).

Suspeição do julgador verificada. Decretação de nulidade do processo a partir do ingresso da Magistrada na condução do feito.

PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA.

APELAÇÃO CRIME

SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000) COMARCA DE SAPUCAIA DO SUL

EDSON

APELANTE

MINISTÉRIO PÚBLICO

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 ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE ARGUIDA PELA DEFESA E DECRETAR A NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA AUDIÊNCIA REALIZADA EM 11/08/2015, DEVENDO SER RENOVADA A SOLENIDADE, POR JUIZ



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

DIVERSO. VENCIDA A DES^a JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS QUE DESACOLHIA A PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA PELA DEFESA.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY (PRESIDENTE) E DES.^a JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS.**

Porto Alegre, 12 de maio de 2016.

**DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA,
Relator.**

RELATÓRIO

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (RELATOR)

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público contra **EDSON, nascido em (Dados Pessoais)**, como incursão nas sanções do art. 180, *caput*, c/c art. 61, I, ambos do código Penal.

A denúncia restou assim lavrada:

*"No dia 23 de julho de 2013, por volta das 21h35min, em via pública, na **Rua....**, o denunciado **EDSON recebeu e conduziu**, em proveito próprio, uma motoneta Honda/C100 Biz, cor prata, placa (...), ano 2004, avaliada em R\$ 3.322,00, coisa que sabia ser produto de crime, pertencia a **Cléber** e havia sido furtada dias antes, do interior de um condomínio nesta mesma cidade.*

*A partir de um telefonema anônimo ao batalhão local da Brigada Militar, informando que, naquele instante, um indivíduo de alcunha "**B**" estaria, nessa rua, pilotando uma motocicleta roubada e com*



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

características determinadas, foram destacados policiais militares para averiguarem essa informação.

O denunciado estava parado numa esquina onde, sentado sobre essa motocicleta, conversava com dois indivíduos. Ele tentou fugir ao notar a aproximação dos policiais militares, mas logo adiante, foi alcançado e constatado que efetivamente constava um registro de ocorrência de furto dessa motoneta. O denunciado foi então conduzido preso em flagrante. Durante a realização do exame de corpo de delito, o denunciado, por diversas vezes, vociferou ameaças de morte contra um dos policiais.

O denunciado é reincidente por roubo.”

Homologado o auto de prisão em flagrante e convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva em 24/07/2013 (fl. 31).

Recebida a denúncia em 16/08/2013 (fl. 60).

Impetrado *habeas corpus* em 06/08/2013 (fls. 55-57v), tendo sido denegada a ordem por esta Câmara em 19/09/2013 (71-75v).

Procedida à citação do réu (fl. 69), que ofereceu resposta à acusação por intermédio da Defensoria Pública (fl. 77).

Em audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação (CD à fl. 87).

Concedida a liberdade provisória ao réu em 05/12/2013 (fl. 90).

Decretada a revelia do réu em 07/10/2014 (fl. 101).

Declinada a competência para a 1ª Vara Criminal da Comarca de Sapucaia do Sul em 23/02/2015 (fl. 104).

Levantada a revelia do réu em 27/02/2015, tendo em vista seu comparecimento espontâneo (fl. 108).

Em nova solenidade, foi decretada novamente a revelia do réu, bem como ouvidas a vítima (CD à fl. 117) e uma testemunha (CD à fl 117).



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

Foram atualizados os antecedentes criminais do réu (fls. 118-119v).

As partes apresentaram memoriais (fls. 120-122-v e 123-127).

Sobreveio sentença (fls. 128-132v), publicada em 05/09/2015 (fl. 132v), julgando procedente a denúncia para condenar **EDSON**, como inciso nas sanções do art. 180, *caput*, c/c art. 61,I, ambos do Código Penal, nos seguintes termos:

"O réu não registra antecedentes (fls. 118/119), sendo que a reincidência será valorada na fase adequada. Culpabilidade dentro dos padrões de normalidade. Conduta social e personalidade indignas de registro. Motivo não esclarecido. Circunstâncias normais à espécie. Consequências minimizadas pela restituição do objeto. A vítima em nada contribuiu para a eclosão do evento.

Dante das diretrizes do art. 59 do Código Penal, onde não restou nenhuma delas reputadas como negativas, fixo a pena-base em 01 ano de reclusão.

Presente a agravante de reincidência, prevista no art. 61, inc. I, do Código Penal, aumento a pena em 1/6, ou seja, em 02 meses, fixando-a provisoriamente em 01 ano e 02 meses de reclusão.

Ausentes outras causas de aumento ou de diminuição, fixo a pena definitiva em 01 ano e 04 meses de reclusão.

O regime de cumprimento será o semiaberto, art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, considerando que o réu é reincidente e a Súmula 269 do STJ autoriza a fixação deste regime quando a pena for igual ou menor que 04 anos e o réu for reincidente, mesmo que as circunstâncias do art. 59 sejam favoráveis.

Deixo de substituir a pena por restritiva de direitos, tendo em vista o não-preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal, em especial ser o réu reincidente em crime doloso. Pelos mesmos fundamentos, deixo de aplicar a suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal.

Pena de Multa: A presumida condição de pobreza, bem como a análise das circunstâncias judiciais, faz com que a pena de multa seja fixada em **10 dias, à**



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

razão de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato, atualizado monetariamente.

Custas pelo acusado, sobrerestadas a teor do art. 12 da Lei 1.060/50, diante da presumida condição de pobreza, vez que acompanhado pela Defensoria Pública.”.

Inconformado, apelou o réu (fl. 133).

Em razões de apelação (fls. 137-143), preliminarmente, a defesa suscita a nulidade da instrução processual por suspeição do julgador desde a audiência ocorrida no dia 11/08/2015, pois que a magistrada demonstrou parcialidade na prolação da sentença. No mérito, sustenta que o conjunto probatório é insuficiente para condenação do réu, uma vez que não foram comprovadas as elementares do crime imputado. Aduz que o ônus da prova é do Ministério Público, que não comprovou os fatos descritos na denúncia. No mesmo sentido, assevera que a presunção não pode ser base para a condenação, sustentando que não restou comprovado o dolo na conduta do agente, devendo o réu ser absolvido. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento do erro material na fixação da pena definitiva do réu, buscando a fixação da pena em 1 ano e 2 meses de reclusão. Requer, preliminarmente, a anulação da instrução a partir da audiência por suspeição da magistrada que a presidiu. No mérito, postula a absolvição do réu ante a ausência de provas, e, subsidiariamente, o redimensionamento da pena privativa de liberdade aplicada ao réu.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 144-147v).

Remetidos os autos a esta Corte, a douta Procuradoria de Justiça exarou parecer pelo provimento, em parte, do recurso defensivo.

Vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

VOTOS

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (RELATOR)

Edson foi condenado como incursão nas sanções do artigo 180 do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 01 ano e 04 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto.

Preliminarmente, a defesa técnica do réu argui a nulidade da instrução processual por suspeição da magistrada *a quo*. Aduz que a Magistrada demonstrou parcialidade ao analisar a tese defensiva na sentença e lançar na decisão que “*Felizmente, a tese defensiva não prospera*” (fl. 130v).

E assiste razão à defesa.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci suspeição é:

“(...) conforme já sustentamos (ver nota 3 ao art. 96), a suspeição é causa de parcialidade do juiz, viciando o processo, caso haja sua atuação. Ofende, primordialmente, o princípio constitucional do juiz natural e imparcial. Pode dar-se a suspeição pelo vínculo estabelecido entre o juiz e a parte ou entre o juiz e a questão discutida no feito. Note-se que não se trata de vínculo entre o magistrado e o objeto do litígio – o que é causa de impedimento – mas de mero interesse entre o julgador e a matéria em debate”¹.

A suspeição do juiz, para que se tenha presente, é verificável nas hipóteses previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal², no

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 578-582.

² Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

qual vem expresso rol exemplificativo (*numerus apertus*), tendo em vista a possibilidade de admitir-se o reconhecimento da suspeição por razões de foro íntimo.

A imparcialidade do julgador é, pois, pressuposto processual de validade, que decorre do princípio do juiz natural³. Isto é, não se pode trabalhar com juiz *ex post facto*, ou seja, não é possível escolher-se o juiz depois do fato ocorrido: o juiz da causa tem de estar previamente definido pela lei antes da ocorrência do fato, e o juiz competente tem de ser **imparcial** (teoria da tridimensionalidade).

Não é diferente a doutrina do direito processual penal alemão. Na lição de A. Hartmann e R. Schmidt, a imparcialidade do juiz é corolário do princípio do juiz natural⁴, ocasionando, sua violação, a nulidade do processo⁵.

Segundo PIEROTH e SCHLINK, em relação ao Princípio do Juiz Natural, ou o direito ao “juiz legal”, o Artigo 101, Parágrafos 1 e 2, da Lei Fundamental alemã (Grundgesetz), que expressa este princípio, é parte

qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

³ Artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da CF. Aqui vale anotar-se a observação de Alexandre de Moraes, DIREITO CONSTITUCIONAL, 17ª Ed. Pág. 76, São Paulo, Ed. Atlas, S.A.: “A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram-se no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis.”

⁴ HARTMANN, Arthur, SCHMIDT, Rolf. STRAFPROZESSRECHT. Bremen: Verlag Rolf Schmidt. 2012. 4º Auflage. S. 63. “Aus dem Grundsatz des gesetzlichen Richters folgt der Anspruch auf einen unvoreingenommenen, d.h. persönlich am Ausgang des Verfahrens nicht interessierten Richter, der mit der nötigen Distanz eines unbeteiligten Dritten über den Rechtsstreit entscheidet. Folgerichtig ist der Grundsatz des gesetzlichen Richters verletzt, wenn ein Richter mitwirkt, der diese Unvoreingenommenheit nicht besitzt. (...). Em tradução livre: “Do princípio do juiz natural segue a exigência de um juiz imparcial, isto é, sem interesse pessoal no resultado do processo, que decida o litígio com a necessária equidistância de um terceiro imparcial. Consequentemente, a violação do princípio do juiz imparcial dá-se se um juiz, não tendo imparcialidade, vem a atuar no processo.”

⁵ Vide tb ROXIN, Claus, SCHÜNEMANN, Bernd. STRAFVERFAHRENSRECHT. München: Verlag C.H. Beck. 2019. S. 31 (§ 6/11).



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

importante do Princípio do Estado de Direito no seio da Lei Fundamental alemã⁶.

Gilmar Mendes adverte, de sua vez, que é indiscutível a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais, isto é, sua estrita obrigação de obediência a eles até mesmo na simples aplicação do direito.⁷

O sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, extraído de seu artigo 129, inciso I⁸, trouxe para o processo penal nacional a triangulação subjetiva processual, composta pelas partes, em nível de igualdade, e do juiz, um ente eqüidistante (independente e imparcial), o qual tem a tarefa de garantir o trâmite do processo dentro das imposições legais, o qual, ao final, inabalados esses pressupostos, tem o dever de declarar o seu veredito^{9 10}.

⁶ PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernard. GRUNDRECHTE STAATSRECHT II. München: C.F. Müller. 2011. S. 290.

⁷ MENDES, Gilmar. DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. São Paulo: Saraiva. 2014. 3ª edição. 3ª Tiragem. 2007. Pág. 118.

⁸ FISCHER, Douglas. CUSTOS LEGIS, Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf (consulta em 10.05.2016. “Desde já deixamos expresso e claro que, segundo nossa leitura, não há previsão expressa na Constituição Federal de 1988 de que o sistema adotado no Brasil seria o acusatório. Mas tal circunstância não impede que, a partir da compreensão (aberta e sistêmica) dos princípios, regras e valores insertos na Carta dirigente, possa ser extraída conclusão que o nosso sistema se pauta pelo princípio acusatório. Com efeito, nos termos do art. 129, I, CF, compete ao Ministério Público promover,privativamente, a ação penal pública. Portanto, o titular da ação penal (ressalvado os casos específicos), de regra, é o parquet. E a função de julgar pertence ao Judiciário, observado o princípio (fundamental) do juiz natural.”

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2001. p. 34.

¹⁰ PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DE MAGISTRADO FEDERAL. HIPÓTESES DO ART. 254 DO CPP. NÃO TAXATIVIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA POR AUSÊNCIA DA FASE DE INSTRUÇÃO. NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO. IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. 1. Se é certo que o impedimento diz da relação entre o julgador e o objeto da lide (causa objetiva), não



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

O sistema acusatório, conforme Aury Lopes Jr.:

“assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois evita-se eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de sua labor investigadora e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos da justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação”¹¹.

No caso em atenção, é de destacar-se que a juíza, ao expressar na sentença inequívoco sentimento íntimo de felicidade pela ausência de robustez da versão defensiva, revelou, ainda que involuntária e/ou inconscientemente, sua impossibilidade de julgar o processo, dado que ela própria evidenciou sua inclinação psicológico-afetiva para a tese acusatória, inquinando, desta forma, sua própria atuação ao desatender a exigência de eqüidistância na posição de um julgador imparcial.

A expressão “felizmente”, utilizada pela Magistrada para concluir que “a tese defensiva não prospera”, permita-se aqui a ênfase

menos correto é afirmar que a suspeição o vincula a uma das partes (causa subjetiva). 2. Tanto o impedimento quanto a suspeição buscam garantir a imparcialidade do Magistrado, condição sine qua non do devido processo legal, porém, diferentemente do primeiro, cujas hipóteses podem ser facilmente pré-definidas, seria difícil, quiçá impossível, ao legislador ordinário prever todas as possibilidades de vínculos subjetivos (juiz e partes) susceptíveis de comprometer a sua imparcialidade. 3. Para atender ao real objetivo do instituto da suspeição, o rol de hipóteses do art. 254 do CPP não deve, absolutamente, ser havido como exaustivo. É necessária certa e razoável mitigação, passível de aplicação, também e em princípio, da cláusula aberta de suspeição inscrita no art. 135, V, do CPC c/c 3º do CPP. (...) 8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada, ficando sem efeito a liminar. (HC 146.796/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 08/03/2010). (grifei)

¹¹LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 165.



JCKS
Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

repetitiva, não repousa apenas no campo semântico, mas vai bem além, traduzindo-se em inequívoca expressão emocional de vinculação subjetiva – psicológico-afetiva -, *ab initio*, à tese acusatória, o que é incompatível com a isenção interna e psicológica do julgador, isenção exigida basilarmente pela Constituição Federal.

De tudo então, outra alternativa não há senão a de ser decretada a nulidade do processo a partir das fls. 115-116, ou seja, a partir do momento em que a Magistrada passou a atuar no feito, presidindo-o. Destarte, decreto a nulidade do processo a partir da audiência de instrução realizada em 11/08/2015, devendo ser renovada a solenidade.

Ante o exposto, acolho a preliminar suscitada pela defesa para decretar a nulidade do processo a partir da audiência de instrução realizada em 11/08/2015 (fls. 115-116), devendo ser renovada a solenidade, por juiz diverso.

É o voto.

DES.^a JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS (REVISORA)

Peço vênia ao eminentíssimo Relator, mas estou divergindo de seu voto.

O fato de a Magistrada ter usado a expressão “*felizmente a tese defensiva não prospera*” (fl. 130v), a meu ver, por si só, não é motivo para reconhecer sua suspeição. É verdade que a escolha da palavra foi equivocada, mas isso não significa que ela estivesse demonstrando sentimento de felicidade, tampouco evidencia “carga de compromisso” dela com a tese acusatória, até porque, assistindo a mídia da audiência presidida pela sentenciante (cd fl. 117), não se percebe nenhum tipo de comportamento que possa apontá-la como parcial.



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

No mérito, mantendo a condenação do réu, que foi preso em flagrante conduzindo a motocicleta Honda C/100 Biz, placa (...), objeto de furto, sem que tenha apresentado justificativa plausível para demonstrar a legitimidade de sua posse, em circunstâncias que conduzem à certeza quanto ao dolo de sua conduta, estando a decisão em consonância com o entendimento deste Colegiado.

Relativamente à pena, assiste razão ao Procurador de Justiça, devendo ser corrigido o erro material da sentença.

Note-se que a básica foi fixada no mínimo legal, e agravada em 02 meses pela reincidência, a qual é incontroversa (fls. 118/119), inexistindo causas modificativas, tornando-a definitiva em 01 ano e 02 meses de reclusão, e não 01 ano e 04 meses como constou (fl. 131v).

A pena deverá ser cumprida no regime semiaberto, já considerando o tempo de prisão provisória, ante a reincidência (Súmula 269 do STJ).

Assim, voto no sentido de rejeitar a preliminar; e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, apenas para corrigir o erro material da pena, estabelecendo a pena definitiva em 01 ano e 02 meses de reclusão, mantidas as demais disposições da sentença. Retifique-se o PEC.

DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY - Presidente - Apelação Crime nº 70068501279, Comarca de Sapucaia do Sul: "POR MAIORIA, ACOLHERAM



JCKS

Nº 70068501279 (Nº CNJ: 0060321-35.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

A PRELIMINAR DE NULIDADE ARGUIDA, PARA DECRETAR A NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA AUDIÊNCIA REALIZADA EM 11/08/2015 (FLS. 115-116), DEVENDO SER RENOVADA A SOLENIDADE, POR JUIZ DIVERSO. VENCIDA A DES^a JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS QUE DESACOLHIA A PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA PELA DEFESA."

Julgador(a) de 1º Grau: TAIS CULAU DE BARROS