



APELAÇÃO PENAL
PROCESSO Nº 2012.3.007379-8
COMARCA DE ANANINDEUA (5ª VARA PENAL)
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PENAL
APELANTE: SANDRO MONTEIRO DA ROCHA
ADVOGADO: ARTHUR CORRÊA DA SILVA NETO
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
PROCURADOR DE JUSTIÇA: ANA TEREZA ABUCATER
RELATOR: Des. RONALDO MARQUES VALLE

RECURSO DE APELAÇÃO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. NULIDADE DA AUDIÊNCIA. INEXISTÊNCIA. ATUAÇÃO DO MAGISTRADO DENTRO DOS LIMITES LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO ESTADO DE NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE E RECONHECIMENTO DA ATENUANTE INOMINADA. NÃO INCIDÊNCIA. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Inexiste qualquer ofensa ao comando do art. 212 do Código de Processo Penal quando o magistrado atua em busca da verdade real na condução do interrogatório do réu, bem como inexiste qualquer nulidade a ser declarada quando não restar demonstrado efetivo prejuízo a parte que a alega, motivos que impedem o acolhimento do pleito de anulação da audiência de instrução e julgamento e todos os atos posteriores.

2. A alegação da defesa de que o réu agiu em estado de necessidade não pode prosperar ante a inexistência de qualquer perigo concreto experimentado pelo apelante durante a consumação do delito, muito menos que o mesmo fosse atual e inevitável, devendo ser mantida a condenação do apelante.

3. A dosimetria operada pelo magistrado de piso mostrou-se equivocada, uma vez que valorou equivocadamente alguns dos vetores do art. 59 do Código Penal bem como fixou a pena base acima do máximo legal cominado ao tipo penal incriminador do art. 14 da Lei 10.826/03.

4. Operada a reforma da dosimetria, a pena concreta restou fixada em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses em regime semiaberto.

5. Inviável a aplicação da atenuante inominada do art. 66, do CP, com base na Teoria da culpabilidade, vez que não há como se eximir o acusado parcialmente das suas atitudes, tampouco como concluir que teria sido levado a delinquir por uma suposta ausência de um direito não concretizado pelo Estado ou porque teria menor âmbito de autodeterminação em razão de eventuais condições sociais desfavoráveis.

6. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, integrante da Egrégia 2ª Turma de Direito Penal do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, EM CONHECER DO RECURSO E CONCEDER-LHE PARCIA PROVIMENTO, nos termos do voto do Desembargador Relator.



Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 30 dias do mês de maio de 2017.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre

RELATÓRIO

SANDRO MONTEIRO DA ROCHA, por intermédio da Defensoria Pública, interpôs o recurso em análise, no qual visa a reforma da sentença proferida pelo Juízo de Direito da 5ª Vara Penal da Comarca de Ananindeua, que o condenou à pena de 04 (quatro) anos de reclusão e 05 (cinco) dias multa, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, pela prática da conduta delitiva tipificada no artigo 14, caput, da Lei 10.826/2003.

Consta da inicial acusatória que, na data de 29/10/2004, por volta de 01h, durante uma ronda de rotina a viatura da Polícia Militar de nº 1547 constatou a presença de dois homens com comportamento suspeito em uma bicicleta, momento em que efetuou a abordagem dos elementos, sendo um destes o apelante, e constatou-se que o mesmo encontrava-se portando uma arma de fogo.

Após regular instrução, o magistrado acolheu a denúncia condenando o apelante na pena antes deduzida (fls. 84/87). Inconformada, a Defesa interpôs a presente apelação, tendo argumentado em suas razões (fls. 100/118) pela preliminar de nulidade do processo a partir da audiência de oitiva de testemunhas de acusação, argumentando para tanto que o magistrado formulou perguntas as testemunhas e ao acusado, havendo na ótica da defesa inegável violação a regra esculpida no art. 212 do Código de Processo Penal.

No mérito, pleiteia a absolvição do recorrente, aduzindo para tanto que o mesmo agiu sob o manto da excludente de ilicitude do Estado de Necessidade, em tese subsidiária pretende a reforma da dosimetria da pena-base operada pelo juízo de piso, bem como o reconhecimento da atenuante do art. 66, embasando o pleito na teoria da coculpabilidade, e a modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

Por fim, pretende substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito.

Em contrarrazões (fls. 118/124), o Ministério Público se manifestou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso manejado, entendendo que assiste razão o argumento defensivo no que concerne a dosimetria de pena operada e o regime inicial de cumprimento de pena fixado.

O feito me veio regularmente distribuído e devidamente instruído com razões e contrarrazões, oportunidade em que determinei que fosse feita sua remessa ao custos legis para exame e parecer.

A Procuradora de Justiça Ana Tereza Abucater opinou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo (fls. 169/176), entendendo que assiste razão o argumento defensivo no que concerne a dosimetria de pena operada e o regime inicial de cumprimento de pena fixado.

É o relatório, que submeto a douta revisão.

VOTO

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido.



Quanto às pretensões nele aduzidas, entendo que as mesmas devem ser parcialmente albergadas por esta Corte, como demonstrarei linhas adiante.

De plano, passo a análise da preliminar de nulidade processual por suposta ofensa ao art. 212 do Código de Processo Penal, em virtude de ter o magistrado de piso assumido postura ativa na condução das audiências, formulando perguntas a testemunha e ao acusado em momento anterior as partes, o que violaria o sistema acusatório vigente em nosso ordenamento processual através do art. 212 do Código de Processo Penal.

Sem razão a defesa.

Destarte, o art. 212 do CPP não obsta que o magistrado inquiria desde logo a testemunha, apenas apregoa que as partes, ao realizarem perguntas à testemunha, devem fazê-lo diretamente, incumbindo ao juízo somente que este não permita perguntas desnecessárias.

In casu, constata-se que fora permitido às partes inquirirem a testemunha, ainda que após o magistrado, razão pela qual, não se pode ter como violado qualquer preceito processual que macule o ato realizado, sobretudo por considerarmos que o magistrado ao adotar tal conduta apenas procurou pautar-se pelo princípio da verdade real, que permite que o juízo da causa atue sempre buscando a realidade fática e jurídica o máximo possível dentro das causas que estão sobre sua jurisdição.

Ademais, no que concerne ao interrogatório do réu em audiência, pé consabido que tal atribuição pertence ao Juiz, uma vez que a este incumbe cumprir as determinações do art. 187, §1º e 2º do CPP, tendo o magistrado sentenciante se limitado a disposição legal, conforme se observa na leitura da ata de audiência de fls. 49/50, tendo sido ainda facultado ao Ministério Público e a Defensoria Pública formular perguntas ao depoente, o que declinaram de fazer.

De outra banda, existe a necessidade de ser demonstrado o prejuízo para defesa, a fim de que se proclame a nulidade de ato processual, resultante da regra esculpida no art. 563 do Código de Processo Penal que estabelece: nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, sendo hoje pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência que, sem tal demonstração, não resultam efeitos processuais da nulidade.

Acerca desse tema trago a colação julgado emanado do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Pelo que se tem nos autos, não foi vedado à defesa nem à acusação inquirir diretamente as testemunhas. O juiz de primeira instância apenas afirmou, com base na sua interpretação do art. 212 do Código de Processo Penal, com a alteração da Lei n. 11.690/2008, que deveria inquirir primeiramente as testemunhas.

2. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.



3. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 113382/DF. Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 25/09/2012. Segunda Turma DJe 08/10/2012).

Nesse viés, observo que as razões recursais não apontam qual o prejuízo efetivamente sofrido pela parte ante a atuação do juiz, que buscou sempre a verdade real dos fatos na condução das audiências realizadas.

Mesmo que assim não fosse, é certo que o momento oportuno para arguir a nulidade que a defesa entende existir foi superado, isso por que se tratando de nulidade relativa esta deve ser arguida pela parte interessada na primeira manifestação processual que lhe couber, no caso concreto as alegações finais. Contudo, a leitura dos memoriais defensivos, fls. 72/75, deixa claro ter permanecido inerte a defesa do recorrente quanto ao tema, motivo pelo qual inviável o acolhimento do pleito.

Nesse sentido, trago a colação entendimento que se ajusta a fiveleta ao caso em análise: **HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ALEGADA NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA CONCRETAMENTE DEMONSTRADA. ARGUMENTO NOVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.** (...) III - Esta Corte possui orientação firmada no sentido de que a norma do art. 212 do Código de Processo Penal diz respeito a mero rito procedimental, que gera apenas nulidade relativa e não absoluta, cabendo à parte pronunciar-se na primeira oportunidade, sob pena de convalidação do ato.

IV – No caso dos autos, não houve insurgência em tempo oportuno, tampouco demonstração do prejuízo advindo da inversão feita pelo Juiz, que inquiriu as testemunhas antes das partes. (...)

(HC 180360/SP Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, j. 10/12/2013. Quinta Turma DJe 13/12/2013).

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Ultrapassada essa questão, passo à análise do mérito, no qual a defesa do apelante pretende o reconhecimento de que o apelante cometeu o delito em análise por encontrar-se em estado de necessidade, subsidiariamente pretende a reforma da dosimetria da pena-base operada pelo juízo de piso e ainda, que seja reconhecida a atenuante do art. 66 do CP, adotando-se para tanto a teoria da coculpabilidade do Estado, modificando-se ao fim o regime de cumprimento de pena imposto, pugnando ainda pela substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito.

De imediato, afirmo que a materialidade e autoria estão fartamente comprovadas, através do Laudo de Exame de arma de fogo nº 089/2004 (fls. 33/34) e da confissão do delito realizada em audiência.

Nesse viés, a alegação da defesa de que o réu agiu em estado de necessidade, ou seja, de agiu encoberto por um fator que retiraria o caráter antijurídico da conduta, contudo, tal pretensão não pode prosperar.

Isso por que, a excludente estado de necessidade, prevista no art. 24 do Código Penal, para que seja configurada, deve preencher alguns requisitos, a saber: a ameaça a direito próprio ou alheio, a existência de um perigo



atual inevitável, a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado e que a situação de perigo não tenha sido causada pelo agente.

Assim, a leitura de todo o manancial probatório encartado nos autos deixa claro que o apelante não preencheu nenhum dos requisitos legais para que pretenda o reconhecimento da atenuante. Isso por que o fato que alega como justificante para portar a arma no dia em que foi preso seria o fato de que uma pessoa estava tentando lhe furar.

Assim, inexistindo qualquer comprovação quanto a real existência de tal perigo, muito menos que o mesmo fosse atual e inevitável, deve a pretensão defensiva nesse ponto ser afastada, mantendo-se a condenação do apelante por ter praticado a conduta descrita no art. 14 da Lei 10.826/2003 sem que existisse qualquer fator excludente da responsabilidade penal de sua conduta no momento do cometimento do delito.

Quanto ao pleito de reforma da dosimetria da pena base, anoto que parcial razão assiste a defesa, para tanto, destaco trecho da sentença na parte que interessa:

(...) tendo em vista que o acusado agiu com dolo direto, ser reincidente, possuir vasta folha de antecedente criminal, possuir uma conduta social normal, uma personalidade voltada para o mundo do crime, não ter havido motivo justificante, as circunstâncias não contarem a seu favor, as consequências extrapenais não terem sido graves, a situação econômica do réu não ser boa, estabelecimento como necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime a pena base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias multa, arbitrados em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente a época do fato corrigido monetariamente.

Por ter o réu confessado a autoria do crime (art. 65, III, "d" do CP), atenuo a pena para 04 (quatro) anos de reclusão e 05 (cinco) dias multa arbitrados em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente a época do fato corrigido monetariamente, que a torno definitiva por não haver circunstâncias agravantes e nem causas de diminuição e de aumento aplicáveis ao caso.

O regime inicial de cumprimento de pena é o FECHADO por ser reincidente e possuir vasta folha de antecedente criminal (art. 33, §3º, do Código Penal).

A leitura deixa clara a necessidade de reforma da dosimetria operada, sobretudo por ter sido fixado como pena base o quantum de 04(quatro) anos e 06 (seis) meses, montante superior ao máximo legal previsto no tipo incriminador do art. 14 da Lei 10.826/03, que é de 04 (quatro) anos, o que passo a fazer.

A culpabilidade na dosimetria penal é elemento que se vincula ao grau de reprovabilidade da conduta, isso é, trata-se de um exame de valoração que tem por base a conduta efetivamente praticada, e nesse viés, observo que o tipo penal descritivo do art. 14 da Lei 10.826/03 apregoa como ilícita a conduta de portar arma de fogo de uso permitido, que em última análise foi o que fez o apelante, não tendo em sua conduta delitativa praticado quaisquer atos que mostre ser necessária um maior grau de censura sobre os fatos praticados, motivo pelo qual a presente circunstância deve ser considerada de forma neutra na dosimetria da pena.

Quanto aos antecedentes, impende registrar que devemos entender apenas os fatos e acontecimentos que tiveram repercussão judicial, ou seja, que



restaram imputados ao agente por meio de uma ação penal (pública ou privada) e que foram decididos por sentença que se tornou irrecorrível.

Nesse passo, observo que a guia de execução provisória do apelante consta a informação de que, até a data de 06/02/2012, inexistia qualquer condenação com trânsito em julgado contra o mesmo, não obstante responda por outros processos que – observando o conteúdo da Súmula 444 do STJ, não podem ser usados para agravar a pena base a ser imposta, motivo pelo qual a presente circunstância não pode ser valorada negativamente, restando neutra.

No que concerne a Conduta Social, a referida circunstância é uma avaliação do comportamento do sentenciado, basicamente por meio de três fatores que fazem parte da vida de qualquer cidadão: convívio social, familiar e laboral. Nessa senda, não vislumbro nos autos elementos necessários para a percepção da referida circunstância, seja uma valoração positiva ou negativa, não havendo que se falar, nesse quadro, em negatificação da circunstância judicial.

O exame da Personalidade do agente é elemento que, dada a complexidade do tema, foge a percepção comum do julgador, assim, na ausência de elementos suficientes, bem como na ausência de qualquer laudo psicossocial que sirva para fundamentar a negatificação da circunstância judicial, devendo a mesma ser considerada de forma neutra.

Os motivos do crime não foram concretamente demonstrados nos autos, daí por que o magistrado sentenciante fundamentou a referida circunstância declarando não ter havido motivo justificante, decerto a ausência de um motivo não deve pesar negativamente contra o apelante, motivo por que deve ser valorado de forma neutra.

As circunstâncias do crime é vetor que aufere todos os elementos do fato delitivo – acessórios ou incidentais, não definidos na lei penal, compreendendo as singularidades do fato ocorrido, e no caso concreto observo que o indivíduo foi preso transitando em via pública com arma de fogo e apta a efetuar disparos, assim entendo que tal fato agrava a conduta praticada.

As consequências e circunstâncias do crime foram corretamente valoradas pelo magistrado sentenciante.

Assim, destaco que somente os motivos do crime figurou como vetor negativo contra o apelante, motivo pelo qual, considerando os parâmetros máximo e mínimo estabelecidos no tipo penal fixo a pena base em 02 (dois anos) e 08 meses.

Inexiste qualquer agravante a ser considerada contra o apelante, existindo a presença da atenuante prevista no art. 65, III, d do Código Penal, por ter o apelante confessado a autoria do delito, ainda que de modo qualificado, motivo pelo qual diminuo a pena em 06 (seis) meses, restando o quantum de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão, que torno concreto e definitiva em virtude de inexistirem causas especiais de aumento ou diminuição de pena.

No que concerne ao regime de cumprimento de pena, destaco que o §3º do art. 33 do Código Penal prescreve que os vetores do art. 59 do mesmo código sejam observados na determinação do regime prisional, nesse viés, considerando a pena fixada de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses bem como o fato de o apelante ser reincidente, fixo nos termos do art. 33, §2º, b do



CP o regime semiaberto para o início do cumprimento de pena.

Por fim, consigno que deixo de reconhecer e, portanto, aplicar, a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, isso por que em que pese a defesa alegar que a precária situação econômica do réu seria fator que ensejaria sua menor reprimenda, olvidou-se de demonstrar que fora negado ao apelante qualquer necessidade básica a ser promovida pelo Estado ou de que fora marginalizado pela sociedade, sobretudo por que a teoria da coculpabilidade do Estado não pode ser invocada como escusa para a prática de atos criminosos. Portanto, não há como incidir, no caso, a atenuante genérica inominada reclamada pela defesa.

Nessa linha trago a colação julgados deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. (...). 6. Também não se aplica, no caso deste último, a atenuante inominada, prevista no art. 66 do Código Penal, pois a teoria da coculpabilidade do Estado não pode ser invocada como escusa para a prática de atos criminosos. 7. (...). 8. Decisão unânime. (Acórdão N.º 109466, Des. Rel. Milton Augusto de Brito Nobre, Julgamento em 26/06/2012, Publicação em 29/06/2012).

Nesse contexto, não havendo amparo fático-jurídico e não comprovado que a ação delituosa do réu foi movida pela omissão estatal, rejeito o pedido.

Ante o exposto, alinho-me ao parecer Ministerial e conheço do presente recurso e lhe dou parcial provimento tão somente para redimensionar a pena fixada bem como o regime inicial para seu cumprimento.

É o meu voto.

Belém (PA), 30 de maio de 2017.

Des. RONALDO MARQUES VALLE
Relator