



ACÓRDÃO N°
TJE/PA- TERCEIRA TURMA DE DIREITO PENAL
PROCESSO N° 0002460-47.2009.8.14.0401
COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA
APELAÇÃO PENAL
APELANTE: DANYLO RAMON FERREIRA MORAES
DEFENSOR PÚBLICO: EDGAR MOREIRA ALAMAR
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: SÉRGIO TIBÚRCIO DOS SANTOS SILVA
RELATOR: DES. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO - PRELIMINARES DE INCONVENCIONALIDADE DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, DISCORRENDO SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DE CONVENCIONALIDADE; DA EXISTÊNCIA DOS CARGOS DE JUIZ DE DIREITO E DE JUIZ SUBSTITUTO E SUAS COMPETÊNCIAS LEGAIS E DE INCONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – NÃO HÁ QUE SE FALAR EM NULIDADE POR VIOLAÇÃO À CONVENÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FIRMADA PELO ESTADO BRASILEIRO, PARA QUE SE FAÇA CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA PORTARIA N.º 2228/2014-GP, ORIUNDA DA PRESIDÊNCIA DESTA TJPA, TENDO EM VISTA QUE ELA TERIA ESTENDIDO A COMPETÊNCIA PARA JULGAR O FEITO PARA JUIZ INCOMPETENTE, QUANDO O QUE SE BUSCOU FOI EXATAMENTE CUMPRIR PRECEITOS CONTIDOS NA REFERIDA CONVENÇÃO, COMO A GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. NENHUM PRINCÍPIO É ABSOLUTO, PODENDO SER RELATIVIZADO QUANDO EM CONFLITO COM OUTRAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS, A FIM DE SE GARANTIR, DE FORMA EFETIVA, O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS DOS ACUSADOS EM PROCESSO CRIMINAL. IGUALMENTE, DESCABE FALAR-SE EM NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ QUANDO FORAM TOMADAS PROVIDÊNCIAS PARA QUE SE GARANTA A EFETIVIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL, PRECIPUAMENTE QUANDO O REGIME DE MUTIRÃO JUDICIAL É RECONHECIDO COMO MEDIDA ESCORREITA E DETERMINADA PELO PRÓPRIO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA DESAFOGAR JUÍZOS E COMARCAS. PRECEDENTE DESTA CORTE ESTADUAL – PRELIMINARES REJEITADAS – MÉRITO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – INOCORRÊNCIA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS NOS AUTOS – DOSIMETRIA DA PENA – REFORMA - ANÁLISE INIDÔNEA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL QUE, NO CASO, OU SÃO INERENTES AO TIPO OU SÃO GENÉRICAS, PORÉM, NENHUMA EXTRAPOLOU O TIPO PENAL AUTORIZANDO A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, EM ACOLHIMENTO AO JUDICIOSO PARECER MINISTERIAL – PENA REDIMENSIONADA PARA SEIS (06) ANOS, DOIS (02) MESES E VINTE (20) DIAS DE RECLUSÃO E QUINZE (15) DIAS-MULTA – REGIME DE CUMPRIMENTO INICIALMENTE FECHADO, TENDO EM VISTA QUE AS ALÍNEAS B E C DO §2º DO ART. 33 DO CP NÃO RECEPCIONAM O CONDENADO REINCIDENTE E, NESTE CASO, AINDA QUE A PENA-BASE TENHA SIDO FIXADA NO MÍNIMO LEGAL NÃO IMPEDE O REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVOSO. PRECEDENTE DO STJ – APELO PARCIALMENTE PROVIDO - UNÂNIME.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Terceira Turma de Direito Penal, em conformidade com as notas taquigráficas, por unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos treze dias do mês de setembro do ano de dois mil e dezoito.

Julgamento presidido pelo Exmo. Sr. Des. MAIRTON MARQUES CARNEIRO.

Belém/PA, 13 de setembro de 2018

Des. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DES. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR – RELATOR – DANYLO RAMON FERREIRA MORAES, vulgo ROCK, qualificado nos autos, interpôs recurso de Apelação Penal em face do D. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Belém/PA, que o condenou à pena de nove (09) anos e quatro (04) meses e cento e sessenta (160) dias-multa e, considerando o concurso formal, a sanção foi aumentada em 1/6 (um sexto) para dez (10) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado e o pagamento de cento e oitenta e seis (186) dias-multa, na incidência do art. 157, §2º, incisos I e II do Código Penal, conforme fls. 110-121.

Consta da denúncia que:

(...) na manhã do dia 07 de dezembro de 2008, o denunciado, mediante grave ameaça (uso de arma de fogo) e acompanhado de mais três comparsas desconhecidos, subtraiu coisa alheia móvel de inúmeras vítimas (Iracimar Aline Cruz da Silva, Alexandra Corrêa Teixeira e Mídia Maressa Rodrigues Oliveira). [...] No dia do crime em comento, as vítimas estavam em uma parada de ônibus na Travessa Mauriti, bairro da Pedreira, instante em que o denunciado, portando uma arma de fogo e acompanhado de mais três meliantes, subtraiu bens das vítimas, conforme descrito em suas declarações junto à Autoridade Policial. [...] Inquirido pela Autoridade Policial, o denunciado confirma a prática do crime. Todavia, nega que estava portando arma de fogo (...) (Sic).

A materialidade do delito está demonstrada às fls. 11, 15 e 17.

Inconformado com a condenação, o réu, por meio de sua defesa técnica, apelou alegando em síntese, preliminarmente inconveniência da violação do princípio do juiz natural, discorrendo sobre o controle judicial de convencionalidade, visando que esta Corte Estadual reconheça a ofensa



ao art. 8.1 da CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos), notadamente quanto ao preceito que garante o direito do cidadão a ser julgado pelo juiz natural da causa.

Em consequência do referido fundamento, acolhida a preliminar, pede que seja declarada nula e sem qualquer efeito a Portaria nº 2228/2014-GP, de 09.07.2014, da Presidência do TJE/PA que designou a juíza sentenciante para auxiliar, sem prejuízo de sua jurisdição e em regime de mutirão a 2ª Vara Criminal da Comarca de Belém, determinando que outra sentença seja prolatada pelo juiz natural, em tudo observadas as formalidades legais. Discorre sobre a existência do cargo de Juiz de Direito e do cargo de Juiz Substituto e suas competências legais, não existindo cargo de Juiz Auxiliar com jurisdição na justiça comum estadual, inclusive, a respeito do Juiz Natural invoca precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Suscita a preliminar de inconstitucionalidade da violação do princípio do Juiz Natural e do princípio da identidade física do Juiz como nulidade absoluta e insanável, por ofensa ao disposto no §2º do art. 399 do CPP.

Alega que tais nulidades preenchem os devidos pressupostos, quais sejam: o prejuízo do apelante que é evidente; a causalidade configurada pela incompetência do juiz em julgar a causa; o interesse do réu em ver anulada a sentença por violação ao juiz natural e a impossibilidade de convalidação de uma sentença condenatória nula por parte do Tribunal. No mérito, aduz insuficiência de provas, invocando o princípio do in dubio pro reo, vez que a acusação não logrou em comprovar o que narrou na denúncia, havendo muita contradição entre as declarações das vítimas, pedindo absolvição no art. 386, VII do CPP.

Requer a reforma da dosimetria da pena por error in judicando e discorre que, na primeira fase, a Magistrada ao analisar as circunstâncias judiciais, fundamentou-as com argumentos vagos e sem base nos autos do processo.

Refere que os vetores avaliados desfavoráveis são inerentes ao tipo penal e não servem para majorar a pena-base, conforme transcreveu da sentença: a culpabilidade, porque a julgadora entendeu ser grave por objetivar o lucro fácil; o motivos do crime, porque o delito decorreu graças à ganância e cobiça sobre o patrimônio alheio; as circunstâncias, porque o réu ao praticar o crime, impossibilitou a vítima de qualquer defesa; as consequências, porque o delito serviu para aumentar a sensação de intranquilidade na cidade e o comportamento da vítima que nada concorreu para o crime; com isso, pede a redução da pena-base.

Argumenta que a situação do recorrente não comporta o pagamento da multa, daí a necessidade de reduzi-la, pedindo a revisão e redução dos dias multas para que seja fixada no mínimo legal.

Por fim, requer o provimento do apelo na forma dos pedidos de fl. 150, nos termos enunciados e, caso contrário, o prequestionamento da matéria constitucional e federal para eventuais recursos às instâncias superiores.

Contrarrazões às fls. 152-163 pedem a confirmação da sentença apelada.

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para reformar a sentença no que tange à revisão da pena-base, redimensionando-se a pena definitiva, mantendo-se a decisão em seus demais termos.

É o Relatório.

À Doutra Revisão.



Belém/PA, 21 de agosto de 2018

Des. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR
Relator

VOTO

O EXMO. SR. DES. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR – RELATOR – O presente processo encontrava-se sobrestado - afetação decorrente dos julgados REsp's 1.708.301/MG e 1.711.986/MG, do Superior Tribunal de Justiça – Tema repetitivo 991, que fora solucionado e, com isso, na forma de direito, torno sem efeito o sobrestamento para prosseguir com o julgamento do recurso.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de Apelação Criminal interposto por DANYLO RAMON FERREIRA MORAES.

Considerando a correlação existente entre as PRELIMINARES DE INCONVENCIONALIDADE DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, discorrendo sobre o controle judicial de convencionalidade; DA EXISTÊNCIA DOS CARGOS DE JUIZ DE DIREITO E DE JUIZ SUBSTITUTO E SUAS COMPETÊNCIAS LEGAIS, NÃO EXISTINDO CARGO DE JUIZ AUXILIAR com jurisdição na justiça comum estadual, inclusive, a respeito do Juiz Natural invoca precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e DE INCONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ como nulidade absoluta e insanável, segundo alegou a defesa, por ofensa ao disposto no §2º do art. 399 do CPP, analiso conjuntamente, afinal, cingem-se a uma única pretensão. Em princípio nada há de inconvencionalidade e inconstitucionalidade nos autos decorrentes do fato de ter sido a ação julgada pela Juíza Auxiliar, Dra. Bárbara Oliveira Moreira, com designação pela Presidência do Tribunal para atuar em regime de mutirão (fl. 151), conforme orienta o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. DESIGNAÇÃO DE MAGISTRADO PARA ATUAR NOS FEITOS EM QUE NÃO HAVIA JUIZ CERTO (ART. 132 DO CPC). VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. No caso em análise, a sentença foi proferida por magistrado investido de função jurisdicional em conformidade com as normas constitucionais, e designado para atuar no feito com base na legislação de organização judiciária, não havendo falar em existência de juízo de exceção. 2. A Carta Magna, em seu art. 125, determina que "os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição". A Lei Estadual 3.947/83, por sua vez, estabeleceu que "os juízes a que se refere o art. 26 da Lei Complementar nº 225, de 13 de novembro de 1979, quando auxiliarem no serviço correicional a cargo da Corregedoria Geral da Justiça, poderão exercer a competência pertinente a processos acumulados ou em atraso, em que não haja juiz certo (art. 132, do C.P.C.)". (...). 3. Consoante informação prestada à fl. 244, não havia juiz certo para julgar a demanda em questão (art. 132 do CPC), de modo que a hipótese se enquadra perfeitamente na previsão constante da referida norma estadual. 4. O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir caso referente à legitimidade da instituição de mutirão com vistas a agilizar a prestação jurisdicional, firmou entendimento, plenamente aplicável à presente hipótese, no



sentido de que "a designação de juiz para prolatar sentença não ofende ao princípio do juízo natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF), eis que não se traduz em exercício de jurisdição por órgão sem assento constitucional, instituído após o fato motivador de sua atuação, ou ao qual falece competência para decidir o feito (art. 87 do CPC)" (REsp 389.516/PR, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 9.6.2003). 5. Como bem consignou o douto Juiz Auxiliar da Corregedoria no parecer exarado à fl. 245, adotado como razões de decidir pelo Exmo. Sr. Corregedor-Geral de Justiça, "a competência de foro e de Juízo (...) foram respeitadas, tendo ocorrido a simples designação de magistrados, que, em princípio, não traz o menor prejuízo às partes, as quais, aliás, não tem o condão de escolher qual o juiz (pessoa física) encarregado de julgar dado processo". 6. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RMS 20.102/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, Pub. no DJ de 13/09/2007, p. 153). Destacado.

Deveras o Regimento Interno do TJE/PA regula a medida:

Art. 36. Ao Presidente do Tribunal de Justiça, além da atribuição de representar o Poder Judiciário, de exercer a suprema inspeção da atividade de seus pares, de supervisionar todos os serviços do 2º grau, de desempenhar outras atribuições que lhe sejam conferidas em lei e neste Regimento, compete: (...).

IV – designar os Juízes de Direito como auxiliares de varas ou comarcas de qualquer entrância; Negrito.

Contudo, prevejo que a defesa outrora trouxe à lume em recursos de outras ações penais as mesmas preliminares processuais, inclusive a 1ª Turma de Direito Penal desta Corte posicionou-se sobre a matéria em debate:

APELAÇÃO PENAL. ART. 155, §4º, II, DO CPB. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. REJEIÇÃO. MÉRITO. ALMEJADA REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. PROCEDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPÓREA. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Não há que se falar em nulidade por violação à convenção de direitos humanos firmada pelo Estado Brasileiro, para que se faça controle de convencionalidade da Portaria n.º 2228/2014-GP, oriunda da Presidência deste TJPA, tendo em vista que ela teria estendido a competência para julgar o feito para juiz incompetente, quando o que se buscou foi exatamente cumprir preceitos contidos na referida convenção, como a garantia da razoável duração do processo. Nenhum princípio é absoluto, podendo ser relativizado quando em conflito com outras garantias fundamentais, a fim de se garantir, de forma efetiva, o respeito aos direitos humanos dos acusados em processo criminal. Igualmente, descabe falar-se em nulidade por violação ao princípio da identidade física do juiz quando foram tomadas providências para que se garanta a efetividade da atividade jurisdicional, precipuamente quando o regime de mutirão judicial é reconhecido como medida esbarrada e determinada pelo próprio Conselho Nacional de Justiça para desafogar juízos e comarcas. Precedentes. 2. O valor da prestação pecuniária deve ser proporcional ao quantum da pena privativa e liberdade e também à situação econômica do condenado, pelo que, há de ser modificada, neste ponto, a sentença objurgada, no intuito de impor ao recorrente o pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. 3. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO à unanimidade, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. (TJE/PA – Proc. n.º 2016.02786801-87, Ac 162.213, Rel. VANIA LUCIA CARVALHO DA SILVEIRA, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Penal, Publicado em 2016-07-14). Destacado.

Alio-me ao mesmo entendimento e transcrevo enxerto deste precedente:



(...) O que se extrai do caso em análise é exatamente o fiel cumprimento aos preceitos garantidores dos direitos contidos na referida norma convencional, já que a razoável duração do processo faz parte do princípio maior, que é o devido processo legal e a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva.

Confirmando nosso entendimento, Mauro Cappelleiti, in Acesso à Justiça, Porto Alegre, Fabris, 1988:

O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquela que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores. Por estas razões a doutrina moderna abandonou a ideia de que o direito de acesso à justiça, ou direito de ação significa apenas direito à sentença de mérito, esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da efetividade do processo que traz em si a superação de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material. Destacado.

Desta forma, o que se tem, em verdade, é o conflito entre direitos humanos de cunho jurisdicional, o qual deve ser solucionado de modo a permitir que a atividade jurisdicional se mostre efetiva e também para se garantir a máxima efetividade das garantias fundamentais do acusado, o que, como se viu, foi amplamente garantida, pois o feito tramitou dentro das normas processuais cabíveis, e o regime de mutirão judiciário é medida determinada pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, a fim de que se garanta aos acusados e à própria sociedade uma atividade jurisdicional efetiva (...). (in Acórdão 162.213/PA)

Com efeito, não se vislumbra qualquer nulidade na Portaria n.º 2228/2014-GP, oriunda da Presidência deste Tribunal de Justiça, estando a determinação em consonância com os direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica.

A defesa alega a preliminar de violação ao princípio da identidade física do juiz, já que a Magistrada que sentenciou não foi a que presidiu a instrução, de modo que, segundo alega, restou violado o art. 399, § 2º do CPP. Também não há nulidade.

Por certo que foi superada a questão acerca da prolação de sentença por juízes auxiliares em regime de mutirão, sendo certo que está pacificado o entendimento que inexistente qualquer vício nesses casos, conforme se vê nos precedentes in verbis:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. § 2º DO ART. 399 DO CPP. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA DAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 132 DO CPC. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em virtude da ausência de previsão normativa quanto às hipóteses de afastamentos temporários que excepcionam o princípio do juiz natural, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a obrigatoriedade estabelecida no § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal poderá ser afastada por meio de interpretação analógica do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do art. 3º do CPP. 2. No caso, a instrução foi presidida por juiz auxiliar, enquanto a juíza titular encontrava-se afastada em razão de licença-maternidade. Com o término da licença e já encerrada a



instrução, esta proferiu a sentença, em típica hipótese de afastamento temporário previsto no art. 132 do CPC (por qualquer motivo). 3. À luz da norma inscrita no art. 563 do CPP e da Súmula 523/STF, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, para o reconhecimento de nulidade dos atos processuais exige-se, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte (pas de nulité sans grief). Precedentes. 4. Recurso ordinário desprovido. (STF - RHC 120414, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014). Sublinhado.

Precedente do Superior Tribunal de Justiça:

(...) A doutrina pátria e a jurisprudência desta Corte Superior são firmes em assinalar que o princípio da identidade física do juiz não pode ser interpretado de maneira absoluta, pois admite exceções que devem ser verificadas caso a caso. 5. Nesse sentido, este Tribunal Superior considera que a prolação de sentença, em regime de mutirão, por juiz diverso do que acompanhou a colheita da prova, não viola o princípio da identidade física do juiz, salvo quando efetivamente demonstrado o prejuízo sofrido pela parte. Precedentes. 6. No caso dos autos, não se constata a ocorrência de prejuízo com a prolação da sentença em regime de mutirão, uma vez que, ao contrário do que quer fazer crer o recorrente, as diligências determinadas após o encerramento da instrução foram provocadas pela própria defesa, apenas deferidas pela Juíza que presidia o feito em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório. 7. Recurso desprovido. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito de ocultação de cadáver (art. 211 do Código Penal), por ser matéria de ordem pública, e declarada extinta a punibilidade do recorrente quanto ao crime já mencionado. (STJ - REsp 1423126/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, Pub. no DJe de 03/11/2015) Destacado.

Pelas razões acima expendidas, rejeito as preliminares.

NO MÉRITO

A defesa argumenta sobre a insuficiência de provas, invocando o princípio do in dubio pro reo, vez que a acusação não logrou em comprovar o que narrou na denúncia, havendo muita contradição entre as declarações das vítimas, pedindo absolvição no art. 386, VII do CPP.

DOS FATOS: A denúncia narra que (...) na manhã do dia 07 de dezembro de 2008, o denunciado, mediante grave ameaça (uso de arma de fogo) e acompanhado de mais três comparsas desconhecidos, subtraiu coisa alheia móvel de inúmeras vítimas (Iracimar Aline Cruz da Silva, Alexandra Corrêia Teixeira e Mídiã Maressa Rodrigues Oliveira). [...] No dia do crime em comento, as vítimas estavam em uma parada de ônibus na Travessa Mauriti, bairro da Pedreira, instante em que o denunciado, portando uma arma de fogo e acompanhado de mais três meliantes, subtraiu bens das vítimas, conforme descrito em suas declarações junto à Autoridade Policial. [...] Inquirido pela Autoridade Policial, o denunciado confirma a prática do crime. Todavia, nega que estava portando arma de fogo (...) (Sic).

DO CONJUNTO PROBATÓRIO

As vítimas, Iracimar Aline Cruz da Silva e Mídiã Maressa Rodrigues Oliveira, foram as únicas testemunhas presenciais do mesmo assalto ouvidas em Juízo:

IRACIMAR ALINE CRUZ DA SILVA – Vítima – Informante - Fl. 81/DVD – ... que



reconhece o réu presente... que ele mora próximo da casa da depoente... que a depoente conhece a família do acusado... que contra a depoente o acusado cometeu um assalto em uma parada de ônibus... que era um dia de prova de vestibular da federal, de manhã cedo e o pessoal estava esperando o ônibus... que na parada estava a depoente e outras pessoas que ela não conhecia... que veio o acusado de um lado e dois ou três do outro... que se encontraram e fizeram o assalto, tipo arrastão... que não recorda bem quanto eles eram, mas acredita que eram aproximadamente uns cinco... que eles abordaram um a um... que a depoente estava sentada na calçada com sua bolsa e quando virou já viu um, mas não era o acusado ...que era um outro rapaz que a depoente não conhece... que o rapaz levantou a blusa, mostrou a arma e estava pedindo a bolsa e os pertences das pessoas.... que o rapaz que levou a bolsa da depoente portava uma arma de fogo... que a depoente não viu DANYLO com arma... que a depoente acredita que o acusado estava junto com os outros porque cada um puxava a bolsa de uma pessoa e depois eles correram juntos... que dentro da bolsa tinha a identidade, documentos pessoais da depoente, celular, MP4, dinheiro, dicionário, cartão, necesser... que o valor em dinheiro era mais ou menos R\$16,00 ... que a depoente só recuperou o CPF... que naquele dia a depoente fez a prova porque seu vizinho lhe deu uma carona e ela se identificou com a carteira de trabalho que buscou em sua casa.... Negritado.

MIDIÃ MARESSA RODRIGUES OLIVEIRA – Vítima – Informante - Fl. 84/DVD – ... que a depoente lembra dos fatos... que não lembra do acusado... não lembra bem dele... que a depoente saiu de casa para ir fazer uma prova de vestibular da UFPa ... que era um domingo de manhã 07:00 horas bem cedo... que a depoente foi para a parada de ônibus onde tinham poucas pessoas... que estavam lá parados e de repente apareceu dois elementos que falaram assim: Olha, ninguém se mexa, só queremos as bolsas, carteiras, mochilas o que vocês tiverem aí ... que todo mundo ficou parado e eles começaram a pegar as coisas... que pegaram a bolsa da depoente onde estavam os seus documentos que ia fazer a prova... pegaram as bolsas das pessoas que estavam ali... mochilas, carteiras... que eles falaram para as pessoas que não reagissem porque só iam pegar aquilo, sair correndo e que não iam fazer nada com as pessoas ... que depois eles saíram correndo... que depois a depoente se desesperou ... que voltou a sua casa e disse a sua mãe que tinha sido assaltada... que a depoente foi fazer o B.O e depois foi fazer a prova na UFPa, mesmo abalada ... que os policiais recuperaram a bolsa da depoente sem nada dentro... que na época do assalto a depoente e outras vítimas foram chamadas até a delegacia para identificar a pessoa que havia sido presa... que naquela altura a depoente e algumas vítimas que moravam próximas de sua casa reconheceram o indivíduo que foi preso... que o fato ocorreu no domingo e o reconhecimento foi feito uma semana ou quase um mês depois... que a depoente não sabe como as investigações chegaram no acusado... que a identificação na polícia foi mostrado o depoente para ela identificar (e a promotora de justiça perguntou se ele estava junto com outros para a identificação) que a depoente disse que mostraram ele sozinho do outro lado ... que as outras vítimas não foram no mesmo dia da depoente para o reconhecimento... que no dia dos fatos algumas pessoas comentaram que eles eram conhecidos porque costumavam roubar naquela área... que afirma que os assaltantes eram apenas dois... que na delegacia a depoente só reconheceu o que lhe assaltou... e assaltou também outras pessoas que estavam lá... que não viu arma... que apenas anunciaram o assalto e ela nem olhou para eles.... Negritado.

Não vislumbro que as informações das vítimas se encontrem dissociadas,



pois IRACIMAR e MIDIÃ MARESSA estavam na mesma parada de ônibus, na mesma ocasião e se a primeira não tem certeza se eram dois, três ou cinco acusados; a segunda afirma que eram dois; se um deles levantou a blusa mostrando a arma de fogo para intimidar a primeira vítima, a segunda nem levantou a cabeça pra olhar os meliantes e se IRACIMAR já conhecia o acusado e o reconheceu naquela manhã; MIDIÃ MARESSA o reconheceu na delegacia, embora não recorde dele em audiência depois de quase cinco anos da ocorrência do fato, vez que a audiência em juízo se deu em novembro/2013. O caso é que uma declaração não anula a outra, mas se completam.

Assim, a autoria aponta em direção do apelante e a materialidade do delito está demonstrada às fls. 11, 15 e 17, não havendo em que se falar em insuficiência de provas.

DA DOSIMETRIA DA PENA

A defesa requer a reforma da dosimetria da pena por error in iudicando e discorre que a Magistrada, na primeira fase, ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fundamentou-as com argumentos vagos e sem base nos autos do processo.

Refere que os vetores avaliados desfavoráveis ou são inerentes ao tipo penal, ou são genéricos e não servem para majorar a pena-base, conforme transcreveu da sentença: a culpabilidade, porque a julgadora entende ser grave por objetivar o lucro fácil; o motivos do crime, porque o delito decorreu graças à ganância e cobiça sobre o patrimônio alheio; as circunstâncias, porque o réu ao praticar o crime impossibilitou a vítima de qualquer defesa; as consequências, porque o delito serviu para aumentar a sensação de intranquilidade na cidade e o comportamento da vítima que nada concorreu para o crime; com isso, pede a redução da pena-base.

Neste ponto, merece reforma a dosimetria da pena e não dá para fazer vista grossa ao equívoco da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, que só majoram a pena-base quando extrapolam o tipo penal e, no caso, a prima facie, tal análise se mostra inidônea porque sobre a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias do crime são mesmo inerentes ao tipo penal do crime de roubo; as consequências foram avaliadas de forma genérica e o comportamento da vítima nunca é desfavorável ao réu por força do verbete da Súmula 18 deste E. Tribunal, razão pela qual assiste razão à defesa e ao Parquet, que sugere a pena-base no mínimo legal; afinal, convenhamos, pelo contexto delineado na ação, nenhuma circunstância judicial extrapolou o tipo penal.

Por analogia cita-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS E ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEUTRA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena. 2. "A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a majoração da pena-base deve estar fundamentada na existência de



circunstâncias judiciais desfavoráveis, valoradas negativamente em elementos concretos, mostrando-se inidôneo o aumento com base em alegações genéricas e em elementos inerentes ao próprio tipo penal" (HC 372.144/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 19/5/2017). 3. Este Sodalício possui entendimento de que o comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo inviável sua utilização de forma desfavorável ao culpado. Na hipótese em que não houver interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, deve ser, pois, neutralizada. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp 1667814/AL, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Publicado no DJe de 18/04/2018). Sublinhado.

Com efeito, no caso dos autos impõe-se reduzir a pena-base para o mínimo legal de quatro (04) anos de reclusão e dez (10) dias-multa, com vista ao princípio da proporcionalidade; na segunda fase, a atenuante da menoridade (fls. 20/v) vai compensada com a agravante da reincidência, na linha da orientação no aresto julgado em sistema de recurso repetitivo perante o Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrito:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. 2. Recurso especial provido. (STJ - REsp 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, Pub. no DJe de 17/04/2013). Negrito.

Em que pese o aresto nominar a compensação entre a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, vale também para a atenuante da menoridade que, inclusive, tem preponderância sobre a agravante da reincidência, senão vejamos:

Omissis. 2. É cediço que a atenuante da menoridade é preponderante. Entretanto, isso não significa que, em todas as situações em que estiver presente, obrigatoriamente, deverá haver a atenuação da pena na segunda fase da dosimetria da pena. 3. Na hipótese em que a atenuante da menoridade concorrer com apenas uma agravante, necessariamente deverá haver a diminuição da reprimenda na segunda fase da dosimetria ou ao menos a compensação, como no caso da reincidência. Contudo, quando, além da menoridade, houver duas ou mais agravantes, deverá o julgador avaliar, a partir das circunstâncias concretas do caso sob análise, se a aludida atenuante tem ou não a força de sobrepujar as agravantes que estão em maior número, em atendimento à regra do art. 67 do Código Penal. (...). 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ - REsp 1285055/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Pub. no DJe de 04/08/2014). Sublinhado.

A atenuante da menoridade, circunstância preponderante sobre a agravante da reincidência, impõe o abrandamento da pena por se sobrepor à agravante da reincidência, mas no caso dos autos a pena permanece no mínimo legal e sem alteração fica a segunda fase da dosimetria. No mesmo sentido da matéria trago à colação a orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre a preponderância da atenuante da menoridade:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO. CONCURSO ENTRE AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA



MENORIDADE RELATIVA. PREPONDERÂNCIA. FRAÇÃO DE ATENUAÇÃO DA MENORIDADE REDUZIDA. CONFRONTO COM A AGRAVANTE. FRAÇÃO IDEAL DE 1/12. PARÂMETRO MERAMENTE INDICATIVO. ALTERAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA. SUMULA 231/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA EX OFFICIO. (...) 3. Conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes de caráter subjetivo e também em relação às de caráter objetivo. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas igualmente preponderantes, decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, e, a fortiori, em relação às circunstâncias objetivas. 4. A aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressalvada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação. 5. In concreto, a menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a agravante subjetiva da reincidência, o que culminaria no proporcional e equânime abrandamento de 1/12 (um doze avos). Contudo, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, não é possível estabelecer a pena intermediária aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231/STJ. Destarte, deve a pena definitiva do paciente ser fixada no mínimo legal. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir a pena final do paciente para 5 anos de reclusão. (STJ - HC 441.341/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Pub. no DJe de 30/05/2018).

Na terceira fase, permanece a mesma fração de 1/3 (um terço) estipulada na sentença para majorar a sanção em virtude das causas de aumento do emprego de arma de fogo e do concurso de pessoa, alcançando a pena o patamar de cinco (05) anos e quatro (04) meses de reclusão e treze (13) dias-multa.

Pelo concurso formal, mantenho o aumento estipulado na sentença na fração de 1/6, redimensionando a pena definitiva para seis (06) anos, dois (02) meses e vinte (20) dias de reclusão e quinze (15) dias-multa.

O regime de cumprimento da pena deve permanecer o mesmo da sentença, qual seja, o inicialmente fechado, tendo em vista que o apelante é reincidente em crime contra o patrimônio e as alíneas b (regime semiaberto) e c (aberto) do §2º do art. 33 do CP, não recepcionam o condenado reincidente.

No mesmo sentido:

Omissis. 7. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea". 8. Os fundamentos utilizados no decreto



condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Por certo, tratando-se de réu reincidente, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime fechado. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir a pena do paciente para 5 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado. (STJ - HC 442.277/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Pub. no DJe de 30/05/2018). Sublinhado.

Com o redimensionamento da sanção, a pena de multa tornou-se proporcional.

Mantidos os demais termos da sentença a quo.

Pelo exposto, conheço do recurso e, acompanhando o judicioso parecer ministerial, dou parcial provimento ao apelo, na forma acima expendida, mantidos os demais termos da sentença apelada e dando como prequestionada a matéria.

É como Voto.

Sessão Ordinária de, 13 de setembro de 2018

Des. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR
Relator