

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RONDÔNIA
Tribunal de Justiça
1ª Câmara Criminal

Data de distribuição :08/06/2016
Data de julgamento :15/09/2016

0003395-41.2015.8.22.0501 Apelação
Origem : 00033954120158220501 Porto Velho/RO - Fórum Criminal
(Juizado de **Violência Doméstica** e Familiar contra **Mulher**)
Apelante : Arleson Pereira Freire
Defensor Público: Defensoria Pública do Estado de Rondônia
Apelado : Ministério Público do Estado de Rondônia
Relator : Juiz José Gonçalves da Silva Filho

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PENA-BASE. CRIME COMETIDO NA PRESENÇA DE FILHOS MENORES. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS. ADEQUAÇÃO. AGRAVANTE DO ART. 61, II, *ZF*, do CP. INCIDÊNCIA EM RELAÇÃO À AMEAÇA. POSSIBILIDADE. MANTIDA A CONDENAÇÃO.

Em crimes de **violência doméstica**, via de regra, perpetrados no ambiente familiar, sem outras testemunhas, a palavra firme e convicta da vítima assume especial relevância, especialmente se em sintonia com os demais elementos de prova, constituindo fundamento suficiente para justificar a condenação.

É pertinente e adequada a valoração negativa da circunstância judicial das consequências quando os crimes de lesão corporal e ameaça contra a **mulher** são praticados na presença de filhos menores, especialmente diante da prova do abalo emocional e o temor das crianças em relação ao ofensor. Inexistindo desproporcionalidade na exasperação da reprimenda, mantém-se a pena aplicada.

A agravante prevista no art. 61, II, "f", do CP, é aplicável ao crime de ameaça praticado contra a **mulher**, pois a mencionada agravante não constitui ou qualifica o crime em questão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO E, DE OFÍCIO, POR MAIORIA, DETERMINAR A IMEDIATA EXPEDIÇÃO DO MANDADO PRISIONAL, ADOTANDO-SE A POSIÇÃO DO STF NOS AUTOS DE HABEAS CORPUS N.126.292/SP. VENCIDO O DESEMBARGADOR VALTER DE OLIVEIRA.

Os desembargadores Valter de Oliveira e Daniel Ribeiro Lagos acompanharam o voto do relator.

Porto Velho, 15 de setembro de 2016.

JUIZ JOSÉ GONÇALVES DA SILVA FILHO
RELATOR

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RONDÔNIA
Tribunal de Justiça
1ª Câmara Criminal

Data de distribuição :08/06/2016
Data de julgamento :15/09/2016

0003395-41.2015.8.22.0501 Apelação
Origem : 00033954120158220501 Porto Velho/RO - Fórum Criminal
(Juizado de **Violência Doméstica** e Familiar contra **Mulher**)
Apelante : Arleson Pereira Freire
Defensor Público: Defensoria Pública do Estado de Rondônia
Apelado : Ministério Público do Estado de Rondônia
Relator : Juiz José Gonçalves da Silva Filho

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Arleson Pereira Freire contra sentença condenatória proferida pelo juiz do Juizado de **Violência Doméstica** e Familiar da comarca de Porto Velho, que o condenou pela prática dos crimes descritos no art. 147, caput, c/c art. 61, II, *ZF* e art. 129, § 9º, todos do Código Penal (1º e 3º fatos), à pena de 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, no regime inicial semiaberto (fls. 97/104).

Em suas razões recursais postula a reforma da sentença para que seja absolvido dos crimes de lesão corporal e ameaça por insuficiência de prova. Subsidiariamente, requer a readequação da pena com a desconstituição da agravante prevista no art. 61, II, *ZF*, do Código Penal. Por fim, requer a modificação do regime inicial de cumprimento da pena do semiaberto para o aberto (fls. 110/124).

Contrarrrazões do MP, às fls. 125/133, pelo não provimento, sob o argumento de existirem provas suficientes para condenação. Quanto à dosimetria, afirmou que as circunstâncias judiciais estão bem fundamentadas. Em relação ao regime, apontou que foi fixado em consonância com o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Parecer da Procuradoria de Justiça, às fls. 140/147, subscrito pelo procurador de justiça Jair Pedro Tencatti, opinou pelo não provimento, com os mesmos argumentos do MP de primeiro grau.

É o relatório.

VOTO

JUIZ JOSÉ GONÇALVES DA SILVA FILHO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Narra a denúncia:

1º fato:

no dia 8 de março de 2015, por volta das 4h, na Av. Mamoré, n. 1.796, Bairro Três Marias, nesta cidade, o denunciado ARLESON PEREIRA FREIRE ameaçou, por gestos e palavras, causar mal injusto e grave à sua companheira, a vítima Vanessa Nery da Silva, bem como ofendeu a integridade corporal dela causando-lhe as lesões

descritas no laudo de exame de corpo de delito de fl. 39.

Apurou-se que a vítima e o denunciado mantêm um relacionamento há onze meses, porém coabitam há um mês e não possuem filhos em comum.

Inferre-se que no dia e local acima especificados, o denunciado chegou ao lar marital em visível estado de embriaguez alcoólica, momento em que iniciou uma discussão com a vítima pelo fato de ela ter lhe enviado uma mensagem telefônica. Certo é que, em meio ao entreencontro, o denunciado ameaçou a vítima, ao pegar uma faca e dizer que iria matá-la, bem como passou a cortar os cabelos dela com o citado objeto, deixando-a amedrontada.

Não satisfeito, no mesmo local e circunstâncias do fato acima narrado, o denunciado passou a agredir a vítima Vanessa ao desferir socos na cabeça e no rosto dela, conforme se vê no sobredito laudo.

2º fato:

depreende-se ainda, que o denunciado ARLESON PEREIRA FREIRE submeteu a constrangimento, na qualidade de padrasto, as crianças Ketlen Alessandra Nery Laurindo (9 anos), Emily Cristina Nery Duarte (6 anos) e Kelvin Daniel Nery Laurindo (5 anos), os quais estavam sob sua guarda e autoridade, ao permitir que elas presenciassem a genitora delas sendo vítima de crimes de **violência doméstica**. As crianças ficaram muito assustadas, gritando, chorando e com significativo abalo psico-emocional.

3º fato:

na sequência do fato anterior, o denunciado ARLESON PEREIRA FREIRE ofendeu a integridade corporal da vítima Kelvin Daniel Nery Laurindo, causando-lhe as lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito de fl. 40.

Por fim, consta que o denunciado pegou um pedaço de pau e atingiu a cabeça da criança Kelvin Daniel, filho da vítima Vanessa, lesionando-o.

A vítima Vanessa conseguiu correr e pedir ajuda de populares que passavam pelo local, os quais acionaram a Polícia Militar, que logrou êxito em prender o denunciado em flagrante delito.

DO MÉRITO

O recorrente argumenta inexistir prova suficiente de autoria e materialidade em relação aos crimes de ameaça e lesão corporal.

No entanto, observo não assistir razão à defesa.

A bem da verdade, as provas produzidas nos autos mostram-se coesas, harmônicas, e irrefutáveis quanto a prática do crime pelo acusado.

Considerando o amplo cotejo probatório realizado pela Procuradoria de Justiça, a pertinência e a amplitude dos fundamentos utilizados, transcrevo o parecer, neste particular, como razões de decidir, procedimento que se encontra em consonância com jurisprudência pacífica do STF e STJ.

A propósito:

Agravo regimental. Inquérito. Diligências. Afastamento de sigilo bancário. Deferimento pelo relator. Motivação per relationem. Admissibilidade. Precedentes. [...] Recurso não provido. 1. O Supremo Tribunal Federal admite a motivação per relationem, vale dizer, que a decisão judicial faça referência ou remissão aos fundamentos da manifestação do Ministério Público. Precedentes. [...] Agravo regimental não provido. (STF. Inq 3922 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 29-02-2016 PUBLIC 01-03-2016) (Grifou-se)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DE APELAÇÃO. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. ADOÇÃO DO PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Válida é a adoção dos fundamentos do parecer da Procuradoria de Justiça - motivação per relationem -, como medida de simplicidade e economia processual, para a manutenção do decreto condenatório.

Na motivação por encampação de fundamentos de terceiros, não se têm por feridos os princípios do juiz natural e de fundamentação das decisões, pois quem decide é o Tribunal de Apelação competente e os fundamentos para isso restam expressos, irrelevantes, se eram eles idênticos aos de outros agentes do processo. (HC 353.742/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016) (Grifou-se)

Eis o parecer da Procuradoria de Justiça, que passa a integrar as razões de decidir deste voto:

Nessa toada, verifica-se que a materialidade e a autoria dos delitos estão comprovadas através do laudo de exame de corpo e delito de fls. 39, bem como através das provas orais coligida ao longo da persecução criminal.

Todavia, em seu apelo, argumenta a insubmisso que não restou comprovado cristalina ter ele praticado os crimes corporal e de ameaça a que foi condenado, de modo que o decreto absolutório seria a medida a ser imposta.

Segundo o apelante, no dia dos fatos ele foi a uma festa e não quis levar sua esposa e vítima Vanessa. Alega que ao chegar em casa não se encontrava bêbado, mas sua esposa começou a lhe agredir com palavras e depois com uma faca, com a qual lesionou seu dedo. Alega que durante a discussão a vítima puxou uma estante que caiu por cima dela, causando-lhe várias lesões; nega ter agredido o menor Kelvin, e diz que só agrediu Vanessa com palavras e que não a ameaçou, sendo que os vizinhos chamaram a polícia.

Por outro lado, a vítima VANESSA NERY DA SILVA, relatou que tinha um relacionamento de aproximadamente 11 (onze) meses com o apelante, sendo que no dia da ocorrência o réu chegou bêbado em casa, onde viviam juntos com seus três filhos de outro relacionamento, lhe expulsando do local. Esclareceu que o apelante quebrou uma televisão e começou a lhe bater na cabeça com socos, sendo que seus filhos que estavam em outro cômodo dormindo acordaram assustados com a briga, e mesmo assim continuou a lhe agredir na frente das crianças, tendo inclusive cortado seu cabelo e seu braço com uma faca lhe dizendo que não viveria, razão pela qual pediu socorro para um casal que passava na rua e chamou a polícia.

A menor Ketlen Alessandra Nery Laurindo (9 anos), filha da vítima, aduziu que acordou assustada com gritos, constatando que seu padrasto estava batendo na sua mãe, bem como se apoderou de uma faca e cortou o cabelo dela, além de bater no seu irmão Kelvin com um pedaço de pau porque ele não parava de chorar, razão pela qual pediu para o réu parar de bater em sua mãe, e ficou com medo.

A policial militar LILIANE CARVALHO SOUSA, que atendeu a ocorrência, aduz que o réu estava com sintomas de embriaguez e que a casa estava com sangue e cabelo no chão, sendo que um dos filhos da vítima estava lesionado na cabeça, e que o acusado afirmava ter sido atacado pela vítima, que lhe cortou com uma faca. Acrescentou que as crianças estavam assustadas e diziam que o réu havia agredido sua mãe.

A somar com os relatos acima mencionados o laudo constante às fls. 39 atesta que as lesões eram recentes e guardam similitude ao relato de **violência** fornecido pela vítima.

Vejamos: "Ao exame ectoscópico apresenta edema traumático na região temporal esquerda, escoriação linear avermelhada na face lateral do cotovelo direito medindo 6,0 cm, escoriação avermelhada linear na face dorsal do segundo dedo da mão esquerda medindo 3,5 cm irregular do cabelo da porção posterior direita do couro cabeludo, que apresenta-se mais curto que o restante."

No crime de ameaça, que é infração de natureza formal, que não produz resultado naturalístico, a comprovação de sua materialidade não raro se confunde com a demonstração da autoria delituosa. O dolo específico do delito de ameaça caracteriza-se pela intenção de provocar medo na vítima, consumando-se no momento em que o ofendido é alcançado pela promessa de que está sujeito a mal injusto e grave, e sua caracterização prescinde da produção de qualquer resultado material efetivo, por se tratar, como já dito, de crime formal.

Acerca do tema, disserta Fernando Capez:

"consoma-se no momento em que a vítima toma conhecimento da ameaça, independentemente de sentir-se de fato ameaçado e de se concretizar o mal pronunciado. Basta o emprego de meios idôneos atemorizadores e o conhecimento deles pela vítima para a configuração do delito em tela."

In casu, a vítima foi categórica em afirmar que durante as agressões o réu pegou uma faca e começou a dizer cabelo que ia lhe matar e que ela cortou seu cabelo e braço.

Nesse sentido também foi a declaração de sua filha Ketlen, que presenciou as agressões e as ameaças proferidas pelo réu, a qual disse que ficou com medo de sua mãe morrer.

Soma-se ainda o fato da negativa do recorrente ser desprovida de qualquer prova capaz de comprovar a sua versão.

A propósito:

Apelação criminal. **Violência doméstica**. Ameaça. Absolvção. Impossibilidade. Existência do fato e autoria comprovadas. Conjunto probatório harmônico e coerente. Palavra da vítima. Condenação mantida. Recurso não provido. I - Em crimes praticados em ambiente familiar, a palavra da vítima possui relevante valor probante, sendo suficiente para sustentar um decreto condenatório, sobretudo quando o réu não produz qualquer prova para subsidiar a sua versão. II - Apelo improvido. (TJRO; Ap. nº 0001628-29.2014.8.22.0007; Des. Rel. Marialva Henriques Daldegan Bueno; J:30/03/2016; n.n. (grifo no original)

Desse modo, verifica-se que tanto as palavras da vítima, como as circunstâncias relatadas pela informante e pela testemunha são suficientes para comprovar a existência dos fatos e sustentar o édito condenatório proferido em desfavor do apelante, não havendo que se falar em ausência de provas.

Nesse sentido:

Apelação criminal. **Violência doméstica**. Ameaça. Absolvção. Impossibilidade. Existência do fato e autoria comprovadas. Conjunto probatório harmônico e coerente. Palavra da vítima corroborada por prova testemunhal. Condenação mantida. Recurso não provido. I - Em crimes praticados em ambiente familiar, a palavra da vítima possui relevante valor probante, sobretudo quando em harmonia com a prova testemunhal, sendo suficiente para sustentar um decreto condenatório. II - Apelo não provido. (TJRO; Ap. nº 0001432-87.2013.8.22.; Des. Rel. Marialva Henriques Daldegan Bueno; J: 24/02/2016, n.n.).

Encamando os fundamentos declinados pela Procuradoria de Justiça, concluo que deve ser mantida a condenação do recorrente em relação aos crimes de lesão corporal e ameaça.

DA DOSIMETRIA

O recorrente sustenta que as circunstâncias judiciais não foram devidamente valoradas, requerendo, portanto, a redução da pena-base.

Desde logo, verifico que, quanto ao crime de ameaça, a pena-base foi fixada no mínimo legal de 01 (um) mês de detenção.

Não há, pois, qualquer redução a ser realizada em relação ao delito de ameaça.

Quanto ao crime de lesão corporal, a pena-base foi fixada em 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, isto é, 15 dias acima do mínimo legal.

Para justificar a exasperação, o magistrado a quo utilizou a seguinte fundamentação:

O grau de culpabilidade é mediano. O réu registra antecedentes criminais, e é reincidente, já condenado pelos crimes de peculato e de trânsito (certidão fls. 92/96) o que só será utilizado na segunda fase da dosimetria da pena. Sua conduta social não pode ser considerada como boa, pois ingere bebida alcoólica com frequência, o que o torna bastante alterado. Sua personalidade, ao que tudo indica, é violenta. As circunstâncias e as consequências foram, de certa forma, graves. As agressões praticadas contra a vítima Vanessa ocorreram na presença das crianças Ketlen, Emilly e Kelvin, também vítima. Kelvin, por sua vez, ficou abalado emocionalmente com e após a situação ocorrida (Relatório Psicológico, fls. 73/75). Desde então, tanto ele quanto Ketlen, passaram a temer a convivência de sua genitora com o réu (fl. 71, relatos vítima). O comportamento das vítimas em nada contribuiu para a ocorrência dos crimes.

Embora a defesa questione a valoração realizada pelo juiz a quo sob o argumento de que é genérica e não atende os princípios da fundamentação e da individualização da pena, fato é que a valoração negativa das consequências, por si só, já se apresenta suficiente para manter a exasperação da pena. Isso porque, em primeiro lugar, a justificativa do magistrado a quo encontra correspondência na prova dos autos. Em segundo lugar, porque o critério aproximado de um sexto sobre a pena-base foi observado, inexistindo desproporcionalidade ou ilegalidade, sobretudo pelo crime haver sido praticado na presença de mais de uma criança.

A pena-base não merece, portanto, qualquer reparo.

Insurge-se a defesa, ainda, em relação ao reconhecimento da agravante prevista no art. 61, II, *zf*, do Código Penal, segundo a qual agrava-se a pena quando o crime for praticado com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações **domésticas**, de coabitação ou de hospitalidade, ou com **violência** contra a **mulher** na forma da lei específica.

Sustenta que a incidência da agravante veio desacompanhada de qualquer fundamentação. Por isso, entende que deve ser afastada.

No entanto, ao fundamentar a condenação em relação ao crime de ameaça, o juiz a quo justificou da seguinte forma: *De se aplicar, ainda com relação ao crime de ameaça, a agravante do artigo 61, II, *zf*, do CP, já que os fatos ocorreram em contexto doméstico, amparados pela Lei Maria da Penha (fls. 100).*

Não há, portanto, que se falar em ofensa ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, uma vez que a falta de fundamentação não se confunde com a fundamentação sucinta. (STJ. HC 345.116/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016.) (STF, Segunda Turma, AgRg no HC-105.349/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 17/2/2011)

Antes de concluir, torna-se relevante anotar um aspecto da dosimetria.

É sabido que esta Corte possui jurisprudência consolidada no sentido de que a agravante do art. 61, II, *zf*, do CP, já qualifica o próprio crime do art. 129, § 9º, do Código Penal (lesão corporal no contexto de **violência doméstica**), de modo que a sua incidência, para o crime de lesão corporal, constitui bis in idem.

Atente-se, no entanto, ao fato de que o bis in idem somente se constitui em relação ao crime de lesão corporal, e não em relação aos demais crimes praticados contra a **mulher**, como no caso, em relação ao crime de ameaça.

Nesse sentido, destaco precedentes do STJ bem como desta 1ª Câmara Criminal:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CÁRCERE PRIVADO E **ESTUPRO**. AGRAVANTE. ART. 61, II, F, DO CP. INCIDÊNCIA DEVIDA. BIS IN IDEM. CONDENÇÃO. ART. 129, § 9º, DO MESMO ESTATUTO. INEXISTÊNCIA. CRIME DE RESISTÊNCIA. RÉU QUE RESISTE A PRISÃO LEGAL. ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUTODEFESA. LIMITAÇÃO.

1. Se os crimes de **estupro** e de cárcere privado foram praticados pelo recorrido prevalecendo-se de relações **domésticas** e de coabitação, é devida a incidência da agravante do art. 61, II, f, do Código Penal.
2. O fato de ter o recorrido praticado contra a mesma vítima, em concurso material, o crime de lesão corporal previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, na qual a prática do delito em relações **domésticas** ou com **violência** contra a **mulher** constitui qualificadora, não afasta a incidência da agravante do art. 61, II, f, do mesmo Estatuto, em relação aos demais crimes.
3. O bis in idem ocorre apenas se a agravante é elementar ou qualificadora do próprio crime pelo qual se está sendo punido, e não quando diz respeito a outro delito, ainda que praticado em concurso material.
4. O art. 61, II, f, do Código Penal prevê como caso de agravamento da pena o crime cometido com **violência** contra a **mulher**. Embora - desde as alterações promovidas pela Lei n. 12.015/2009 - a condição de **mulher** não seja mais elementar do crime de **estupro** (art. 213, caput, do CP), a **violência** o é. Contudo, mesmo se considerado que tal circunstância seria elementar do crime, o agravamento da pena deve ser efetivado, uma vez que o delito de **estupro** ocorreu em decorrência de relações **domésticas** ou de coabitação, hipótese esta que não integra o tipo penal em questão.

[...]
(REsp 1388316/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA. VIAS DE FATO. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, *zf*. IMPOSSIBILIDADE. A agravante prevista no art. 61, II, "f", do CP, é plenamente aplicável aos crimes de ameaça e vias de fato, pois o tipo descrito no art. 147 do CP e art. 21 da Lei 3.688/41, não trazem em seus bojos, a circunstância de

agressão contra mulher, cônjuge ou companheira. (Apelação, Processo nº 0011278-71.2012.822.0007, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Criminal, Relator(a) Juiz José Jorge R. da Luz, Data de julgamento 09/07/2015)

Observando esse entendimento jurisprudencial, o juiz a quo, corretamente, somente reconheceu a agravante do art. 61, II, *ef*, do CP, ao crime de ameaça (art. 147 do CP), deixando de reconhecê-la em relação ao delito de lesão corporal (art. 129, § 9º, do CP).

Essa observação é relevante para demonstrar que não há dissonância entre o caso concreto e os precedentes desta Corte de Justiça, mas tão somente hipótese distinta (*distinguishing*) a ser rigorosamente destacada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Adotando a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 126.292/SP, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016, acerca da possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau, assegurando a efetividade ao processo criminal depois de cumprido o duplo grau de jurisdição, secundada, ressalte-se pelas Câmaras Criminais Reunidas, nos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002647-23.2016.8.22.0000, julgado em 22/07/2016, determino, de ofício, seja expedido mandado de prisão em desfavor do réu Arleson Pereira Freire, para cumprimento da pena, esgotados os recursos nesta instância.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

DESEMBARGADOR VALTER DE OLIVEIRA

No que concerne ao mérito, acompanho o voto do e. relator, porém, no que diz respeito à expedição do mandado prisional, divirjo.

Considerando que o apelante Arleson Pereira Freire respondeu ao processo em liberdade, concedo-lhe o direito de assim permanecer até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Não desconheço o conteúdo da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que, por decisão majoritária do Pleno [7 a 4], nos autos do Habeas Corpus n. 126.292-SP, mudou a própria jurisprudência que até então permitia ao réu recorrer em liberdade perante as Cortes Superiores, tendo decidido pela possibilidade de se dar início imediato à execução da pena quando a condenação tenha sido confirmada em segunda instância, assim se entendendo porque a fase de análise de provas já se esgotara.

Em outras palavras, isso significa dizer que embora possa o réu seguir recorrendo até que se esgotem todas as possibilidades de recurso, se a condenação for confirmada em segunda instância, deve ele recolher-se à prisão enquanto aguarda o julgamento de eventual recurso especial ou extraordinário, ainda que tenha respondido o processo em liberdade.

Anoto que esta Câmara, inclusive em temas que tiveram reconhecida a repercussão geral e sobre os quais já não existiriam controvérsias pendentes de solução, por vezes, têm deixado de aplicar em suas decisões o entendimento nela contido, de forma que, a meu ver, maior razão haveria para não se estender decisão de tão graves consequências a todos os réus, indistintamente.

Na verdade, embora para alguns a referida decisão tenha significado um avanço, para outros representou verdadeiro retrocesso, tal e qual afirmado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, ao expressar sua divergência ao voto do relator do HC em destaque, tendo assim se posicionado acerca da questão: *“Reconheço que a época é de crise maior, mas justamente nessa quadra de crise maior é que devem ser guardados princípios, valores, não se gerando instabilidade. Porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerando o mesmo texto constitucional, hoje ele conclui de forma diametralmente oposta”* (sic).

O e. Ministro ainda lembrou que houve uma proposta de Emenda à Constituição apresentada pelo Ministro Cezar Peluso, propondo que se antecipasse o trânsito em julgado de decisões para depois da decisão do segundo grau, o que transformaria os recursos ao STJ e ao STF em ações rescisórias. No entanto, destacou que a ideia não prosperou nem mesmo no Legislativo! Mas hoje no Supremo nós vamos proclamar que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia porque antes do trânsito em julgado da decisão condenatória é possível colocar o réu no xilindrô, pouco importando que posteriormente esse título condenatório venha a ser reformado!

Expressando o mesmo inconformismo, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais divulgaram notas condenando o teor dessa decisão, a primeira por entender que o princípio constitucional da presunção de inocência não permite a prisão enquanto houver direito a recurso (sic) e a segunda dizendo que o Supremo protagonizou um retrocesso jurídico jurisprudencial (sic).

Fiz essas breves referências não apenas para registrar que o resultado da mudança de entendimento gerou descontentamento entre advogados e defensores públicos, mas também, para ressaltar que essa reviravolta na jurisprudência já consagrada pela Excelsa Corte e também acompanhada pelos demais Tribunais do país, constitui mesmo um grande retrocesso ao conquistado princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém é considerado culpado senão após a condenação transitada em julgado.

A respeito do tema, vale transcrever a lição do Professor Luiz Flávio Gomes, verbis:

Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

[...]

O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida *“consideração”* bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como *“regra de tratamento”*, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos, etc., podendo exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18/8/2000, parágrafo 119) (in *“Direito Penal”* *“Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”*, vol. 4/85-91, 2008, RT).

Ou seja, a consagração constitucional da presunção de inocência, como direito fundamental constitucionalmente garantido, impede que se trate qualquer pessoa como se culpada fosse antes que sobrevenha contra ela condenação penal transitada em julgado.

Neste sentido, veja-se o importante precedente do Supremo Tribunal Federal:

O postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. [...]

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível *“por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) a presumir-lhe a culpabilidade”*.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (HC 96.095/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

Induvidoso, pois, que a cláusula [constitucional] consagradora da presunção de inocência deve prevalecer até que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação, constituindo mais que uma simples proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal, uma vez que se traduz, também, em importante requisito de legitimação da própria execução penal.

Críticos a esse entendimento defendem que a exigência de uma decisão final para cumprir a pena acaba incentivando o uso indiscriminado de recursos da defesa, o que dizem ocorrer pelo nítido propósito de atrasar o processo e, com isso, alcançar a prescrição da pena, já que contam com a demora no julgamento, gerando, assim, verdadeira impunidade.

Nada obstante, não se pode, em nome do que se chamou de uso abusivo ou protelatório de recursos, limitar o direito indiscutível que tem o réu de recorrer a todas as instâncias, o que constitui mudança inconcebível das regras até então aplicadas, dentre as quais a que vinha permitindo que o réu recorresse em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação, representando a decisão um grave e irreversível prejuízo ao acusado, que se vê restringido em seu direito, sem contar que a decisão traz consequências imediatas ao sistema penitenciário.

Assim, por considerar que a prematura ou provisória execução da pena, antes do trânsito em julgado, representa risco de se incorrer em erro judiciário e, também, por entender que a presunção de inocência não pode ser considerada como meio de se diminuir o grau de impunidade, deixo de determinar o recolhimento do apelante à prisão, assegurando-lhe a permanência em liberdade até que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação (CF, art. 5º, LVII).

DESEMBARGADOR DANIEL RIBEIRO LAGOS

De acordo com o relator.