Registro: 2017.0000318769

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013678-91.2012.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante EDUARDO RICARDO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LEME GARCIA (Presidente), BORGES PEREIRA E NEWTON NEVES.

São Paulo, 9 de maio de 2017

LEME GARCIA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

16ª Câmara Criminal
APELAÇÃO CRIMINAL n. 0013678-91.2012.8.26.0348
Comarca: Mauá
Apelante: EDUARDO RICARDO
Apelado: Ministério Público
Voto: 7513

APELAÇÃO. Lesões corporais leves. Violência doméstica. Recurso defensivo. Preliminar de declaração de nulidade da r. sentença por ausência de proposta de transação penal e suspensão condicional do processo. Inviabilidade. Inaplicabilidade da Lei n. 9.099/95 nos casos envolvendo violência doméstica. Artigo 41, da Lei n. 11.340/2006 e Súmula 536, do STJ. Pleito de declaração de nulidade por ausência de designação da audiência prevista no artigo 16, da Lei n. 11.340/2006. Não cabimento. A ação penal referente ao crime de lesões corporais praticado no ambiente doméstico é pública incondicionada. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424. Insuficiência probatória. Inocorrência. Palavras da ofendida que merecem credibilidade e se alinham ao exame de corpo de delito. Dosimetria da pena e regime inicial aberto que não comportam reparos. Pedido de redução do prazo da suspensão condicional da pena. Impossibilidade. Período fixado no patamar mínimo legal. Benesse que pode ser rejeitada por ocasião do início da execução na audiência admonitória. Negado provimento ao recurso.

Trata-se de recurso de apelação interposto por EDUARDO RICARDO contra a r. sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Carla Graziela Costantino de Araújo, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Mauá, que o condenou à pena de 3 meses de detenção, em regime inicial aberto, devido a prática do crime previsto no artigo 129, §9º, do Código Penal, concedendo em seu favor a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, sob as condições previstas no artigo 78, § 2º, do mesmo diploma (fls. 59/61).

Em suas razões de recurso, a Defesa requer, preliminarmente, a declaração de nulidade da r. sentença por ausência de designação da audiência prevista no artigo 16, da Lei n. 11.340/2006, bem como por inexistência de oferecimento de transação penal ou suspensão condicional do processo. No mérito, pugna pela

absolvição do acusado em razão de insuficiência probatória e, de forma subsidiária, (i) pelo afastamento da Lei n. 11.340/2006; (ii) pela desclassificação do delito para a contravenção penal de vias de fato; e (iii) pela redução do período de cumprimento do *sursis* (fls. 73/76).

O Ministério Público, em contrarrazões, manifesta-se pelo não provimento do recurso (fls. 78/80).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Reginaldo Martins Costa, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 85/87).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O apelante foi condenado, porque, no dia 12 de agosto de 2012, por volta das 20h, na Rua Edmir Bozzato, n. 461, Itpark Novo, Mauá, ofendeu a integridade física de sua esposa, Olivia Reis Castelo Ricardo, causando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Segundo se apurou, acusado e vítima foram casados por cerca de vinte e cinco anos e tiveram três filhos.

Consta da denúncia que, na data dos fatos, o acusado iniciou uma discussão com sua filha e, posteriormente, agrediu a sua esposa por meio de chutes, pontapé e empurrões.

Primeiramente, afasto as preliminares de nulidade.

Não há que se falar em nulidade pela ausência de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo, nos termos do que dispõem os artigos 76 e 89, da Lei n. 9.099/95, porquanto o artigo 41, da Lei n. 11.340/2006, expressamente impede a aplicação da Lei n. 9.099/95 em relação aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, conforme já entendeu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LEI MARIA DA PENHA. CONTRAVENÇÃO PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*
> *1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.*
> *2. Uma interpretação literal do do disposto no artigo 41 da Lei n.11.340/2006 viabilizaria, em apressado olhar, a conclusão de que os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995, entre eles a transação penal, seriam aplicáveis às contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher.*
> *3. À luz da finalidade última da norma e do enfoque da ordem jurídico-constitucional, tem-se que, considerados os fins sociais a que a lei se destina, o artigo 41 da Lei n. 11.340/2006 afasta a incidência da Lei n. 9.099/1995, de forma categórica, tanto aos crimes quanto às contravenções penais praticados contra mulheres no âmbito doméstico e familiar.*

> *Vale dizer, a mens legis do disposto no referido preceito não poderia ser outra, senão a de alcançar também as contravenções penais.*
> *4. Uma vez que o paciente está sendo acusado da prática, em tese, de vias de fato e de perturbação da tranquilidade de sua ex-companheira, com quem manteve vínculo afetivo por cerca de oito anos, não há nenhuma ilegalidade manifesta no ponto em que se entendeu que não seria aplicável o benefício da transação penal em seu favor.*
> *5. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 280.788/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 22/04/2014)*

Nessa linha, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 536, *in verbis:*

> A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

Com relação à audiência prevista no artigo 16, da Lei n. 11.340/2006, é certo que se trata de ato a ser designado quando a vítima manifesta sua pretensão de renunciar à representação.

No presente caso, a ofendida sequer se manifestou no sentido de que não desejava que o acusado fosse responsabilizado pelos fatos. Ainda que assim não fosse, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424, estabeleceu interpretação conforme aos artigos 12 e 16, da Lei n. 11.340/2006, no sentido de que a ação penal referente ao delito de lesão corporal praticado no âmbito na violência doméstica é pública incondicionada:

> AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal

relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. [1]

Assim, inexiste qualquer nulidade em razão da ausência de designação da audiência prevista no artigo 16, da Lei n. 11.340/2006.

Dessa forma, não há que se falar em nulidade. Afastadas as preliminares, passa-se à análise do mérito.

A materialidade do crime ficou demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04), pelo exame de corpo de delito (fls. 16) e pela prova oral produzida.

A autoria delitiva, do mesmo modo, é inequívoca.

O acusado afirmou perante a autoridade policial que se desentendeu com a vítima e a agrediu (fls. 18). Em juízo, relatou que estava discutindo com sua filha e iria bater nela, quando a vítima interferiu e o golpe acabou lhe acertando. Alegou que não teve intenção de agredir sua esposa (fls. 62 – mídia digital).

A ofendida, nas duas oportunidades em que foi ouvida, prestou declarações firmes e coerentes. Na fase policial, alegou

---

[1] ADI 4424, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014.

que o acusado iniciou uma discussão com a sua filha e ela interferiu *"sendo agredida com chutes, pontapés e empurrões"* (fls. 05). Sob o crivo do contraditório, relatou que sua filha começou a discutir com o apelante. Tentou "apartar a briga", mas foi agredida com chutes (fls. 62 – mídia digital).

Willian Fabiano Rei Brito é irmão da vítima. Na fase policial, relatou ter ouvido o barulho da discussão do acusado e da vítima e, ao chegar no local, notou que eles haviam "entrado em vias de fato", tendo a ofendida sofrido ferimentos (fls. 17). A referida testemunha não prestou depoimento em juízo, porquanto o Ministério Público desistiu de sua oitiva, o que foi devidamente homologado pelo d. juízo *a quo* (fls. 59).

Nota-se que as declarações da vítima foram claras e coerentes no sentido de que o acusado a agrediu com chutes (fls. 07 e 70 – mídia digital).

Cabe salientar que a palavra da vítima nos crimes de violência doméstica possui especial relevância probatória. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.
>
> 1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.
>
> 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.
>
> LESÕES CORPORAIS PRATICADAS EM AMBIENTE

DOMÉSTICO OU FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ÉDITO REPRESSIVO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição do paciente é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do habeas corpus o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias ordinárias formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

3. Nos crimes praticados em ambiente doméstico ou familiar, em que geralmente não há testemunhas, a palavra da vítima possui especial relevância, não podendo ser desconsiderada, notadamente se está em consonância com os demais elementos de prova produzidos nos autos, exatamente como na espécie. Precedentes.

4. O fato de a vítima e o paciente haverem se reconciliado ou voltado a residir juntos é irrelevante para o desfecho do processo, pois ao julgar a ADI 4424/DF o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à constituição ao artigo 41 da Lei 11.340/2006, assentando a natureza pública incondicionada da ação nos casos de lesões corporais leves praticados mediante violência doméstica e familiar.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 318.976/RS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 18/08/2015)

A par disso, o exame de corpo de delito comprova que a vítima sofreu lesões corporais de natureza leve, indicando ferimentos compatíveis com o contexto fático por ela exposto, consistentes em *"hematoma localizado na região hipogástrica e região interna da coxa direita e região dorsal da mão esquerda"* (fls. 16). A propósito, diante do referido exame de corpo, que indicou o sofrimento de lesões corporais leves pela vítima, não há que se falar em desclassificação para a contravenção penal de vias de fato.

Vale registrar que, ainda que se considere que a intenção do agente era de atingir sua filha e não a vítima, trata-se de evidente caso de *aberratio ictus*, sendo certo que, nos termos do artigo 73, do Código Penal, deve o agente responder pelo delito como se tivesse atingido a vítima pretendida.

Nesse ponto, ressalto que não há cabimento para o afastamento da Lei n. 11.340/2006 no presente caso, uma vez que, mesmo que se considere que o acusado pretendia atingir sua filha, sua conduta continua inserida no âmbito da violência doméstica, nos termos do que dispõe o artigo 5º, inciso II, do referido diploma legal.

Valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, bem como estão em consonância com os elementos de informação colhidos durante a fase policial, de modo que suficientes para fundamentar o édito condenatório.

Assim, o conjunto probatório, harmônico e coeso, comprova a materialidade e autoria do delito, de modo que é de rigor a manutenção da condenação do apelante como incurso no artigo

129, §9º, do Código Penal.

Confirmado o mérito da sentença condenatória, passa-se à análise da dosimetria da pena.

A reprimenda foi aplicada de forma criteriosa pela i. magistrada sentenciante, que operou com precisão o processo de individualização da pena, manejando de forma escorreita o sistema trifásico da dosimetria, não comportando qualquer reparo.

Ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, o d. juízo *a quo* corretamente fixou a pena-base no mínimo legal de 03 meses de detenção.

Em seguida, na segunda etapa, não obstante a incidência da atenuante da confissão, não é o caso de redução da pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. [2]

Este também é o posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM GRAU MÉDIO (1/4). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA

[2] Súmula 231 - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

> PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – A jurisprudência pacífica desta Corte e do STJ é no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não reduz a pena para aquém do mínimo legal. [...] (STF - RHC: 118996 AM, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/02/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-045 DIVULG 06-03-2014 PUBLIC 07-03-2014).

À míngua de agravantes, bem como causas de aumento e diminuição, tornou-se definitiva a reprimenda de 03 meses de detenção.

Devido ao *quantum* da pena aplicada, aliado à primariedade do acusado, correta a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda, nos termos do que dispõe o artigo 33, parágrafo 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal [3], não considero cabível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos casos de violência doméstica, em decorrência da vedação do artigo 44, inciso I, do Código Penal, conforme já estabelecido na r. sentença.

Por fim, mantenho a concessão do *sursis*, nos termos da r. sentença, em razão do *quantum* de reprimenda e do

[3] HC 131219, Relatora: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 10-06-2016 PUBLIC 13-06-2016.

preenchimento dos requisitos do artigo 77, do Código Penal, haja vista que o apelante não é reincidente, não há circunstâncias que justifiquem a inaplicabilidade da suspensão da pena e não há cabimento para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em decorrência da violência doméstica (artigo 44, I, do Código Penal).

Anoto que não há cabimento para a redução do prazo de suspensão condicional da pena, uma vez que foi fixado no mínimo legal de 02 anos, conforme disposto no artigo 77, do Código Penal.

No tocante à questão da suspensão condicional da pena ser mais gravosa ao réu em relação à imposição da pena privativa de liberdade fixada, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito, ponderando que, por se tratar o *sursis* de benefício legal, é dever do magistrado se posicionar quanto a sua aplicabilidade, sendo certo, entretanto, que o réu poderá recusar a benesse por ocasião do início da execução na audiência admonitória:

> RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. BENEFÍCIO FACULTATIVO. OBRIGATORIEDADE DE O MAGISTRADO POSICIONAR-SE EM RELAÇÃO À POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. REVOGAÇÃO. AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL FINALIDADE DESVIRTUADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA LEI. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 83 E 536, AMBAS DO STJ. AUTORIA E MATERIALIDADE. AFASTAMENTO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. É dever

do juiz, ao condenar o réu, fixar o regime inicial de cumprimento da pena, a qual, poderá, verificados os requisitos legais, ser condicionalmente suspensa por dois anos. 2. Ao condenar o recorrente à pena de 3 meses e 15 dias de detenção, pela prática do crime positivado no art.129, § 9º, do Código Penal, o juiz fixou o regime aberto para seu cumprimento e suspendeu a execução da pena por dois anos, mediante condições indicadas na sentença, obedecendo, portanto, os respectivos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "c" e 77, ambos do Código Penal. 3. Não se presta o recurso especial a modificar decisão que se apoiou expressa e corretamente nos dispositivos penais de regência, sendo inservíveis, na jurisdição extraordinária, argumentos que dizem respeito a meras conjecturas sobre o que poderá ocorrer em audiência admonitória ainda não realizada, bem como a fatores que são estranhos à estrita atividade judicial de dizer o direito à luz dos fatos objeto de sua decisão. 4. As questões afetas ao cumprimento da pena e à sua fiscalização cabem ao Juízo da execução, no momento em que esta se inicia. Eventual deficiência do Estado em oferecer estabelecimento adequado ao cumprimento da pena - o que, na argumentação do recorrente, resultaria em prisão domiciliar - é tema afeto à execução penal, e não ao juízo de cognição, que observou rigorosamente os preceitos de lei federal pertinentes. 5. Se a própria Defensoria Pública reconhece que bastará ao recorrente, na referida audiência judicial que inicia a execução penal, recusar o benefício do sursis, para não ver-se prejudicado no cumprimento da pena, não faz o menor sentido provocar esta Corte apenas porque aquele Órgão supõe que o recorrente poderá comparecer sem assistência jurídica ao aludido ato judicial, assistência que, aliás, seria de seu mister providenciar, de modo a evitar, desnecessariamente, o prolongamento da jurisdição penal

[...]
(STJ – Sexta Turma - REsp 1537749/DF – Min. Rel. Rogério Schietti Cruz - Julgado em 30/06/2015 – g.n.).

Posto isto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso defensivo, subsistindo, na íntegra, a r. sentença de primeiro grau.

LEME GARCIA
Relator