

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
07ª CÂMARA CRIMINAL**

Apelação Criminal nº 0000921-03.2010.8.19.0034

**Origem : JUIZADO ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
CONTRA A MULHER E ADJUNTO CRIMINAL DA COMARCA DE
MIRACEMA**

Magistrado : Dr. MARCO ANTÔNIO NOVAES DE ABREU

Apelante : MINISTÉRIO PÚBLICO

Apelado : ANTONIO MARCOS DE OLIVEIRA DOS SANTOS FILHO

Relator : Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA

ACÓRDÃO

APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. A R. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E ESPECIAL ADJUNTO CRIMINAL DA COMARCA DE MIRACEMA ABSOLVEU ANTONIO MARCOS DE OLIVEIRA DOS SANTOS FILHO, DAS IMPUTAÇÕES QUE LHE PESAM NOS AUTOS, POSTO QUE, FUNDAMENTOU-SE NA RETRATAÇÃO DA VÍTIMA MANIFESTADA NA AIJ, MOTIVANDO SUA DECISÃO O FATO TER SIDO PRATICADO EM MOMENTO ANTERIOR AO POSICIONAMENTO DO STF PELA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 41 DA LEI Nº 11340/06. IRRESIGNADO, O MINISTÉRIO PÚBLICO INTERPÔS RECURSO DE APELAÇÃO E REQUER A REFORMA DA SENTENÇA COM VISTAS À CONDENAÇÃO DO APELADO PELO CRIME DESCRITO NO ARTIGO 129, § 9º DO CÓDIGO PENAL, N/F DOS ARTIGOS 5º E 7º DA LEI 11.340/06, NOS TERMOS PUGNADOS NA DENÚNCIA. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA OPINOU PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. RECURSO QUE DEVE SER PROVIDO. INICIALMENTE CUMPRE ESCLARECER QUE OS FATOS ACONTECERAM EM 11 DE FEVEREIRO DE 2010, SENDO A SENTENÇA PROFERIDA EM 10.06.2013. TRATA-SE DE RECURSO DE APELAÇÃO QUE SE INSURGE CONTRA SENTENÇA QUE ABSOLVEU O ACUSADO, POSTO QUE, O I. MAGISTRADO ENTENDEU QUE NÃO HOUVE AUDIÊNCIA PRELIMINAR, MAS A VÍTIMA SE RETRATOU NA AIJ. ADEMAIS, CONHECEDOR DA DECISÃO DA ADIN 4.424/DF, DATADA EM 13.04.2012, QUE PACIFICOU O ENTENDIMENTO SOBRE A NATUREZA INCONDICIONAL DA AÇÃO PENAL EM CRIMES DE LESÃO CORPORAL EM SEDE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NÃO PODERIA RETROAGIR, EIS QUE OS FATOS ACONTECERAM ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DA ADIN. O EMINENTE REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ALEGA EM SEDE RECURSAL, QUE O MAGISTRADO ORA SENTENCIANTE, A DESPEITO DO RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE PROVAS NOS AUTOS EM RELAÇÃO À MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EM DESFAVOR DO APELADO, ABSOLVEU-O AO ARGUMENTO DE QUE NÃO FOI REALIZADA A AUDIÊNCIA PRELIMINAR PREVISTA NO ART. 16 DA LEI 11.340/06, ESCLARECENDO AINDA, QUE O D. JUÍZO SINGULAR ENTENDEU QUE O RECENTE POSICIONAMENTO DO STF (ADIN 4.224-DF), SOBRE A QUESTÃO DA

NATUREZA INCONDICIONADA DA AÇÃO PENAL DO CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR CONTRA A MULHER, NÃO PODERIA RETROAGIR PARA PREJUDICAR O ACUSADO, UMA VEZ QUE O CRIME EM ANÁLISE FOI PRATICADO ANTES DA REFERIDA DECISÃO DA SUPREMA CORTE. É IMPORTANTE REGISTRAR QUE RECENTEMENTE, APÓS INÚMERAS DIVERGÊNCIAS DAS INSTÂNCIAS SUPERIORES (RESP 1.097.042/DF - STJ), O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECIDIU QUE O CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE OU CULPOSA CONTRA MULHER NO AMBIENTE DOMÉSTICO E FAMILIAR DEVERIA SER PROCESSADO POR MEIO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA, SENDO DESNECESSÁRIA, POR CONSEQUÊNCIA LÓGICA, A REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA EM TAIS CASOS. TAL ENTENDIMENTO FOI FIRMADO POR MEIO DA ANÁLISE CONJUNTA DA ADI 4.424/DF E ADC 19/DF, COM A CONFIRMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.340/06. A CORRENTE MAJORITÁRIA DA CORTE ACOMPANHOU O VOTO DO RELATOR, MINISTRO MARCO AURÉLIO, NO SENTIDO DA POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO DAR INÍCIO A AÇÃO PENAL SEM NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA, CONSIDERANDO A NATUREZA DA AÇÃO INCONDICIONADA DA AÇÃO PENAL NOS DELITOS DE LESÃO CORPORAL LEVE EM ÂMBITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. O ARTIGO 16 DA LEI DISPÕE QUE AS AÇÕES PENAIS PÚBLICAS “SÃO CONDICIONADAS À REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA”, MAS, PARA A MAIORIA DOS MINISTROS DO STF, ESSA CIRCUNSTÂNCIA ACABA POR ESVAZIAR A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ASSEGURADA ÀS MULHERES. TAMBÉM FOI ESCLARECIDO QUE NÃO COMPETE AOS JUIZADOS ESPECIAIS JULGAR OS CRIMES COMETIDOS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA. ADEMAIS, O REFERIDO ARESTO DO STF AFASTOU A APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95 ALCANÇA O INSTITUTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, TAMBÉM PREVISTO NO SEU ART. 89. SOBRE TAL ASSUNTO, A SUPREMA CORTE JÁ HAVIA SE PRONUNCIADO ANTERIORMENTE (HC 106.212, JULGADO EM 24.03.11), ENTENDENDO NÃO SER APLICÁVEL TAL INSTITUTO DESPENALIZADOR AOS CRIMES QUE ENVOLVAM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O MESMO SE DÁ EM RELAÇÃO À TRANSAÇÃO PENAL E À COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS. NESTA ESTEIRA, EM FACE DO POSICIONAMENTO DA CORTE SUPREMA, SURTIU NOVA DISCUSSÃO NOS TRIBUNAIS INFERIORES ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DOS EFEITOS DA ADI 4.424/DF, VISTO QUE SE TRATARIA DE RETROATIVIDADE **IN MALAN PARTEM**, DE MODO QUE OS CRIMES PRATICADOS ANTES DA REFERIDA DECISÃO PERMANECERIAM SENDO PROCESSADOS POR MEIO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA, EXIGINDO-SE NESTAS SITUAÇÕES A REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA SEU PROSSEGUIMENTO. EM QUE PESE OS ARGUMENTOS ESPOSADOS PELO DOUTO MAGISTRADO DE PISO, TODAVIA, EM DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA PELA MINISTRA ROSA WEBER (**RECLAMAÇÃO 14.620/MS**), ESCLARECEU-SE A QUESTÃO NO SENTIDO DE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DEU INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL AOS ARTS. 12, I, E 16, DA LEI 11.340/06, DEFININDO, ASSIM, A NATUREZA PÚBLICA INCONDICIONADA DA AÇÃO PENAL EM CRIME DE LESÃO CORPORAL, TENDO EM VISTA QUE O

OBJETIVO DA LEGISLAÇÃO SERIA JUSTAMENTE REAFIRMAR A EXISTÊNCIA SECULAR DE DESIGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES, ASSIM COMO CONTRIBUIR COM A DIMINUIÇÃO DO QUADRO DE VIOLÊNCIA, DISCRIMINAÇÃO E OFENSA À DIGNIDADE HUMANA. **ADEMAIS, RESSALTA-SE QUE, NO CASO EM COMENTO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO MODULOU OS EFEITOS DO REFERIDO ARESTO, MAS TÃO SOMENTE REVISÃO DA INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO, O QUE AFASTA QUALQUER LIMITADOR TEMPORAL ACERCA DO QUE FORA DECIDIDO NA ADI 4.424/DF, CONFORME SE VERIFICA, NÃO HOUE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS DA LEI Nº 11.340/2006, AO CONTRÁRIO, REAFIRMOU-SE A SUA VALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA REFERIDA LEI QUE FORA OBJETO DA AÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADA. É SABIDO PELO OPERADOR DO DIREITO QUE QUANDO UMA NORMA É TIDA (IN)CONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE FORMA ABSTRATA, GERA EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITOS, EM REGRA, VINCULANTES (EX TUNC), OU SEJA, RETROATIVOS (CF, ART. 102, §2º E LEI 9.868/1999. ARTIGO 28, PARÁGRAFO ÚNICO). NA PRÁTICA, COM BASE NA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CONSTATA-SE QUE OS CRIMES DE LESÃO CORPORAL PRATICADOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR SERÃO PROCESSADOS POR MEIO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA, AINDA QUE SE TRATE DE FATOS ANTERIORES A ADI JULGADA ANTERIORMENTE, UMA VEZ QUE A DECISÃO APENAS OFERECEU INTERPRETAÇÃO CONFORME O TEXTO CONSTITUCIONAL, SEM QUALQUER INOVAÇÃO LEGISLATIVA, PORTANTO, NÃO HÁ RETROATIVIDADE IN MALAN PARTEM. ÀS TAIS CONSIDERAÇÕES, DATA MÁXIMA VÊNIA, APÓS DETIDA ANÁLISE DO DECISUM ORA ATACADO, VERIFICA-SE QUE O ILUSTRE MAGISTRADO AGIU EM ERRO IN JUDICANDO, QUE ENSEJA A REFORMA DA R. SENTENÇA, POIS NÃO HÁ AMPARO LEGAL ABSOLVER O RÉU PELOS MOTIVOS ESPOSADOS NA DOUTA FUNDAMENTAÇÃO, POSTO QUE, AO INTERPRETAR A LEI Nº 11.340/2006, DEU CONOTAÇÃO DIFERENTE AS DIRETRIZES EMANADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADIN 4.424-DF) QUE COLOCOU UMA PÁ DE CAL SOBRE AS DIVERGÊNCIAS SOBRE A NATUREZA DA AÇÃO PENAL, SEDIMENTANDO O ENTENDIMENTO QUE SE TRATA DE AÇÃO INCONDICIONADA NOS DELITOS DE LESÃO CORPORAL LEVE EM ÂMBITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. POR DERRADEIRO, A AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR TORNA-SE IRRELEVANTE PARA O DESLINDE DA CAUSA EM RAZÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL INCONDICIONADA EM TAIS DELITOS. NOUTRO GIRO, A ABSOLVIÇÃO NÃO DEVE PREVALECER SOB O FUNDAMENTO DA IRRETROATIVIDADE IN MALAN PARTEM, POIS NÃO HAVENDO MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO ARESTO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM ABSTRATO, A EFICÁCIA DA DECISÃO É ERGA OMNES E SEUS EFEITOS OPERAM NO SENTIDO VINCULANTE, RETROAGINDO A DATA DA EDIÇÃO DA NORMA QUESTIONADA EM AÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, OU SEJA, COM EFEITO EX TUNC. ASSIM, DATA MÁXIMA VÊNIA, ENTENDO QUE A R. SENTENÇA ORA VERGASTADA DEVE SER REFORMADA, PARA CONDENAR O APELADO**

COMO INCURSO NAS PENAS DO ARTIGO 129, § 9º DO CÓDIGO PENAL, N/F DOS ARTIGOS 5º E 7º DA LEI 11.340/06, NOS TERMOS PUGNADOS NA DENÚNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA INQUESTIONÁVEIS. RÉU CONFESSO. PROVA ROBUSTA. CONFORME SE DEPREENDEM DO CADERNO DE PROVAS, A MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO ESTÃO DEVIDAMENTE COMPROVADAS COM BASE NAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL E EM JUÍZO, VALENDO DESTACAR O LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO DE FLS. 42-43, BEM COMO O RELATO DA VÍTIMA JOSIANE LEITE RODRIGUES E O DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA ANDRÉ LUIZ GURGEL MEIRELES (E-DOC. 00111). INFERE-SE DOS AUTOS QUE, A VÍTIMA JOSIENE LEITE RODRIGUES, DESDE A FASE PRÉ-PROCESSUAL, NARROU QUE O RÉU A AGREDIU NO DIA DOS FATOS EM RAZÃO DE SUSPEITA DE QUE ELA ESTARIA FICANDO COM OUTRA PESSOA, TENDO O ACUSADO SE DIRIGIDO ATÉ A CASA DE SUA AMIGA CLEIA, ONDE SE ENCONTRAVA ABRIGADA, E A AGREDIDO COM SOCOS, TAPAS E CHUTES, VINDO ELA A CAIR AO CHÃO. NESTA ESTEIRA, O ACUSADO PASSOU A CHUTÁ-LA, SENDO SEPARADOS POR VIZINHOS, CONFORME SE VERIFICA NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. OUTROSSIM, CORROBORANDO AS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA, CONSTA DOS AUTOS O DEPOIMENTO DO POLICIAL ANDRÉ LUIZ GURGEL MEIRELES, QUE INFORMOU QUE AO CHEGAR AO LOCAL DOS FATOS VERIFICOU QUE A OFENDIDA APRESENTAVA LESÕES NA PERNA, NO TÓRAX E NA FACE COM PEQUENO SANGRAMENTO, TENDO ELA E SUA AMIGA CLEIA RELATADO QUE O AUTOR DAS AGRESSÕES FOI DE FATO O RÉU. ASSIM, O APELADO FOI DETIDO E CONFESSOU TER AGREDIDO A VÍTIMA. POR ÚLTIMO, INVIÁVEL ACOLHER A TESE DEFENSIVA NO TOCANTE A LEGÍTIMA DEFESA. CONFORME FORA ANALISADA, AS PROVAS COLHIDAS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL, NÃO HÁ AMPARO LEGAL PARA VALIDAR A TESE DEFENSIVA SOBRE A EXCLUDENTE DA ILICITUDE ORA ALEGADA POR PARTE DO RÉU, POIS A PROVA ORAL, CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVAS, EVIDENCIAM QUE O RÉU NÃO REAGIU Á INJUSTA AGRESSÃO, POIS O FATO DE O RÉU SER OFENDIDO EM PALAVRAS PELA VÍTIMA NÃO JUSTIFICA REPELIR AS SUPOSTAS PROVOCAÇÕES COM EXCESSO, OU SEJA, ATENTANDO CONTRA A INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA, CONSISTENTES EM EMPURRÃO, CHUTES, TAPAS E PONTAPÉ. ASSIM, AFASTO A TESE DA DEFESA DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU, EIS QUE NÃO CARACTERIZANDO OS REQUISITOS PARA ABSOLVER O RÉU/APELADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 386, INCISO V, DO CPP. **DOSIMETRIA DA PENA.** CONSIDERANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS DO RÉU, A PENA-BASE DEVE SER FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL, ASSIM, FIXO-LHE A PENA NO PRIMEIRO MOMENTO EM 03 MESES DE DETENÇÃO E 10 DIAS-MULTA. SEGUNDA FASE – VERIFICA-SE A AUSÊNCIA DE QUALQUER AGRAVANTE. NO TOCANTE ÀS ATENUANTES, EM QUE PESE O RÉU TER CONFESSADO ESPONTANEAMENTE A CONDUTA DELITIVA PERPETRADA EM DESFAVOR DA VÍTIMA, RECONHEÇO A ATENUANTE PREVISTA NO ARTIGO 65, INCISO III, ALÍNEA “D”, DO CP, NO ENTANTO, MANTENHO A PENA INTERMEDIÁRIA INALTERADA EM RAZÃO DO ENUNCIADO DA **SÚMULA 231, DO STJ.** INEXISTENTES OUTRAS CAUSAS MODIFICADORAS DE PENAS, FIXO EM

DEFINITIVO A REPRIMENDA ESTATAL EM 03 MESES DE DETENÇÃO E 10 DIAS-MULTA, NO REGIME ABERTO, NOS TERMO DO ARTIGO 33, §2º, ALÍNEA “C”, DO CP. AUSENTES OS REQUISITOS DOS ARTIGOS 44 E 77, AMBOS DO CP. CONSIGNA-SE QUE O RÉU RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE, APÓS PAGAMENTO DE FIANÇA. DIANTE DISSO, A LIBERDADE DO APELADO DEVE SER MANTIDA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA PRESENTE CONDENAÇÃO, APÓS O QUE, DETERMINA-SE QUE SEJAM BAIXADOS OS AUTOS AO MM JUÍZO DE ORIGEM, QUE DEVERÁ EXPEDIR O COMPETENTE MANDADO DE PRISÃO. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO, PARA NO MÉRITO, DAR-LHE PROVIMENTO, NO SENTIDO DE CONDENAR O RÉU ÀS PENAS DO ARTIGO 129, § 9º DO CÓDIGO PENAL, N/F DOS ARTIGOS 5º E 7º DA LEI 11.340/06, EM 03 MESES DE DETENÇÃO E 10 DIAS-MULTA, NO REGIME ABERTO, CONSOANTE O ARTIGO 33, §2º, ALÍNEA “C”, DO CP.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Criminal nº 0000921-03.2010.8.19.0034**, originários do Juizado Especial de Violência Doméstica e Adjunto Criminal de Miracema, em que são, Apelante, **MINISTÉRIO PÚBLICO** e, Apelado, **ANTONIO MARCOS DE OLIVEIRA DOS SANTOS FILHO**,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, para no mérito, dar-lhe provimento, no sentido de condenar o réu nas penas do artigo 129, § 9º do Código Penal, n/f dos artigos 5º e 7º da Lei 11.340/06, em de 03 meses de detenção e 10 dias-multa, no regime aberto, consoante o artigo 33, §2º, alínea “c”, do CP, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 11 de março de 2014.

Desembargador SIRO DARLAN DE OLIVEIRA
Relator

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
07ª CÂMARA CRIMINAL**

Apelação Criminal nº 0000921-03.2010.8.19.0034

**Origem : JUIZADO ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
CONTRA A MULHER E ADJUNTO CRIMINAL DA COMARCA DE
MIRACEMA**

Magistrado : Dr. MARCO ANTÔNIO NOVAES DE ABREU

Apelante : MINISTÉRIO PÚBLICO

Apelado : ANTONIO MARCOS DE OLIVEIRA DOS SANTOS FILHO

Relator : Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA

VOTO

Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público em face de **ANTONIO MARCOS DE OLIVEIRA DOS SANTOS FILHO**, narrando os seguintes fatos descritos na denúncia aditada de fls. 02-02/04:

“(....)No dia **11 de fevereiro de 2010**, por volta de 00h25m, na Rua Professor Mariza R. Lima, em frente ao nº 07, bairro Usina Santa Rosa, nesta Cidade, o denunciado, consciente e voluntariamente, ofendeu a integridade corporal da vítima Josiene Leite Rodrigues, sua ex-companheira, com socos, tapas e chutes, causando-lhe as lesões descritas no BAM de fl. 24 e no AECD de fls. 35/36.

O crime acima narrado foi praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim agindo, está o denunciado incurso nas penas do artigo 129, § 9º, do Código Penal, observado o disposto nos artigos 5º e 70 da Lei nº 11.340/2006. (....)”

Ata de Audiência de Instrução e Julgamento à fl. 00111, oportunidade foram colhidos os depoimentos da vítima, testemunha e do acusado.

A r. sentença proferida no doc. eletrônico 00126, pelo Juízo de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e Especial Adjunto Criminal da Comarca de Miracema absolveu ANTONIO MARCOS DE OLIVEIRA DOS SANTOS FILHO, das imputações que lhe pesam nos autos, posto que, fundamentou-se na retratação da vítima manifestada na AIJ, motivando sua decisão o fato ter sido praticado em momento anterior ao posicionamento do STF pela constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11340/06.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, cujas razões recursais foram apresentadas à pasta eletrônica nº 00130, requer a reforma da sentença com vistas à condenação do apelado pelo crime descrito no artigo 129, § 9º do Código Penal, n/f dos artigos 5º e 7º da Lei 11.340/06, nos termos pugnados na denúncia.

Contrarrazões defensivas na pasta eletrônica nº 00144, pelo desprovimento do apelo ministerial.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça emitido no e-Doc. 00160, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial.

É o relatório, dispensada a revisão, consoante artigo 610 do Código de Processo Penal, passando-se ao voto.

Inicialmente afirme-se o cabimento do presente apelo em razão do fato delituoso, capitulado no artigo 129, § 9º do Código Penal, n/f dos artigos 5º e 7º da Lei 11.340/06 que segundo a denúncia ocorreu posteriormente à entrada em vigor da Lei conhecida como “Maria da Penha”, e conseqüentemente, a sentença ora vergastada também foi prolatada sob a égide da referida legislação, determinando essa expressamente que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher são órgãos da Justiça Ordinária, sendo aplicáveis as normas do Código de Processo Penal (ex-vi dos artigos 14 e 13 da Lei nº 11.340/06).

De fato, o que determina a competência no caso de infração penal praticada contra a mulher é a circunstancia de a conduta criminosa ter sido cometida com violência doméstica e familiar, nos exatos termos dos artigos 5º e 7º da Lei nº 11.340/06, mesmo naquelas hipóteses do crime ser considerado como de menor potencial ofensivo, e dessa forma estabelecida a competência deste órgão fracionário do E. Tribunal de Justiça como instância revisora.

Recurso tempestivo, pelo que, presentes seus demais requisitos de admissibilidade, dele se conhece, sendo certo que estão presentes todos os requisitos que autorizam a legítima apreciação deste apelo ministerial.

Inicialmente cumpre esclarecer que os fatos aconteceram em 11 de fevereiro de 2010, sendo a sentença proferida em 10.06.2013.

Trata-se de recurso de apelação que se insurge contra sentença que absolveu o acusado, posto que, o i. magistrado entendeu que não houve audiência preliminar, mas a vítima se retratou na AIJ. Ademais,

conhecedor da decisão da ADIN 4.424/DF, que pacificou o entendimento sobre a natureza incondicional da ação penal em crimes de lesão corporal em sede de violência doméstica não poderia retroagir, eis que os fatos aconteceram anteriormente ao julgamento da ADIN.

A respeitável sentença, com a devida vênia dos argumentos ventilados na douda fundamentação, deve ser reformada, conforme demonstrarei:

O Eminentíssimo representante do Ministério Público alega em sede recursal, que o magistrado ora sentenciante, a despeito do reconhecimento da existência de provas nos autos em relação à materialidade e autoria delitivas em desfavor do apelado, absolveu-o ao argumento de que não foi realizada a audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei 11.340/06, esclarecendo ainda, que o d. juízo singular entendeu que o recente posicionamento do STF (ADIN 4.224-DF), sobre a questão da natureza incondicionada da ação penal do crime de lesão corporal leve praticado no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, não poderia retroagir para prejudicar o acusado, uma vez que o crime em análise foi praticado antes da referida decisão da Suprema Corte.

É importante registrar que recentemente, após inúmeras divergências das instâncias superiores (Resp 1.097.042/DF - STJ), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o crime de lesão corporal leve ou culposa contra mulher no ambiente doméstico e familiar deveria ser processado por meio de ação penal pública incondicionada, sendo desnecessária, por consequência lógica, a representação da vítima em tais casos. Tal entendimento foi firmado por meio da análise conjunta da ADI 4.424/DF e ADC 19/DF, com a confirmação da constitucionalidade da Lei 11.340/06.

A corrente majoritária da Corte acompanhou o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, no sentido da possibilidade de o Ministério Público dar início a ação penal sem necessidade de representação da vítima, considerando a natureza da ação incondicionada da ação penal nos delitos de lesão corporal leve em âmbito de violência doméstica e familiar.

O artigo 16 da lei dispõe que as ações penais públicas “são condicionadas à representação da ofendida”, mas, para a maioria dos ministros do STF, essa circunstância acaba por esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres. Também foi esclarecido que não compete aos Juizados Especiais julgar os crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha.

Ademais, o referido aresto do STF afastou a aplicação da Lei 9.099/95 alcança o instituto da suspensão condicional do processo, também previsto no seu art. 89. Sobre tal assunto, a Suprema Corte já havia se pronunciado anteriormente (HC 106.212, julgado em 24.03.11), entendendo não ser aplicável tal instituto despenalizador aos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher. O mesmo se dá em relação à transação penal e à composição civil dos danos.

Para melhor elucidação, peço vênia para colacionar julgado desta corte no mesmo sentido, in verbis:

0001027-45.2012.8.19.0017 -

APELACAO

1ª Ementa

DES. CLAUDIO TAVARES DE O. JUNIOR - Julgamento: 16/01/2014 - OITAVA CAMARA CRIMINAL

APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL PRATICADO NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DANO QUALIFICADO, EM CONCURSO MATERIAL. ARTIGOS 129, § 9º, E 163, PARÁGRAFO ÚNICO, I, N/F DO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA, EM QUE SE ARGUI PRELIMINARES DE NULIDADE DO PROCESSO. NO MÉRITO, INSURGE-SE CONTRA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO E REQUER, SUBSIDIARIAMENTE, O AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA IMPUTADA, A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 21 DA LEI DAS CONTRAÇÕES PENAIS E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. PREQUESTIONAMENTO DE TODA A MATÉRIA IMPUGNADA. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Apelante que ofendeu a integridade física da própria esposa e ainda lhe danificou, intencionalmente, o celular, logo após a prática das agressões. Da inépcia da denúncia: a peça inicial acusatória, ao contrário do que alega a combativa defesa, não se afigura obscura e tampouco genérica, pois descreve de forma clara e adequada a participação do acusado na prática de ambos os delitos imputados. Da ausência da audiência **especial: nossa Corte Suprema, no julgamento da ADI 4424, firmou o entendimento de que os delitos de lesão corporal praticados no âmbito da violência doméstica procedem-se mediante ação pública incondicionada, o que afasta a audiência prevista no artigo 16 da Lei nº 11.340/06, cujo propósito se restringe à possibilidade de a vítima renunciar à representação, nas ações públicas condicionadas. Do sursis processual: Com o julgamento da ADC nº 19, no qual o STF declarou, por unanimidade, a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006, a controvérsia sobre a possibilidade de os acusados pela prática de delitos cometidos no âmbito da violência doméstica fazerem jus ao benefício da suspensão condicional do processo restou superada.** Isso porque a vedação ao benefício pleiteado decorre do aludido diploma legal, cujo artigo 41 dispõe que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995. Do pedido de absolvição: a materialidade e a autoria delitiva restaram absolutamente comprovadas no caso vertente, sobretudo pela confissão do acusado e pelos depoimentos prestados em Juízo, aos quais corroboram as demais provas do processo é auto de prisão em flagrante, autos de apreensão e laudo de exame de corpo de delito, que não deixam a menor dúvida acerca da procedência da condenação. A certeza de que o acusado agiu com dolo deflui das circunstâncias em que

se deram os fatos, que traduzem a ferocidade da ação delituosa e revelam, de forma inequívoca, a intenção de lesionar a vítima e de danificar o celular descrito no auto de apreensão. Incabível ainda a absolvição do acusado do delito de dano, sob o flagrante disfarce de que a avaria do celular seria de baixo valor. Isso porque a insignificância de determinada conduta deve ser valorada por meio da consideração global da ordem jurídica, e não apenas de acordo com a importância do bem juridicamente atingido. No caso vertente, o estrago causado no aparelho foi levado a efeito no âmbito da violência doméstica praticada contra a própria esposa, o que não pode ser considerado como um irrelevante penal, diante do tratamento mais severo dispensado pelo legislador ordinário às condutas dessa natureza. Da qualificadora: a violência praticada contra a pessoa constituiu-se um meio imprescindível para causar a avaria no aparelho, o que torna incontroversa a qualificadora. Da desclassificação: Inviável, outrossim, a desclassificação da conduta para a contravenção penal prevista no artigo 21 do Decreto-lei nº 3.688/41, ante as lesões corporais atestadas pelo perito legista no corpo da vítima. Da substituição da pena privativa de liberdade: o legislador ordinário condicionou a concessão do benefício às condenações de até 04 (quatro) anos, desde que o delito não seja cometido por meio de violência ou grave ameaça à pessoa. Trata-se de requisitos objetivos, que levam em conta a quantidade de pena aplicada e a natureza da infração penal cometida, cujo cumprimento deve ser simultâneo pelo réu. No caso vertente, apenas o primeiro requisito foi preenchido pelo apelante, a quem a douta Magistrada a quo impôs uma pena de 09 (nove) meses de detenção, em regime prisional aberto. Do prequestionamento: não basta a simples alusão a dispositivos legais ou constitucionais para fins de prequestionamento, devendo a defesa motivar sua irresignação, a fim de possibilitar a discussão sobre as questões impugnadas. Logo, diante do descumprimento do requisito da impugnação específica, rejeita-se o prequestionamento. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (GRIFEI)

Nesta esteira, em face do posicionamento da Corte Suprema, surgiu nova discussão nos Tribunais inferiores acerca da impossibilidade de aplicação retroativa dos efeitos da ADI 4.424/DF, visto que se trataria de retroatividade *in malan partem*, de modo que os crimes praticados antes da referida decisão permaneceriam sendo processados por meio de ação penal pública condicionada, exigindo-se nestas situações a representação da vítima como condição de procedibilidade para seu prosseguimento.

Essa é a questão central de divergência de entendimento entre as partes, frente ao pronunciamento do douto Juízo Sentenciante que absolveu o réu, alegando não houve audiência preliminar, que os fatos delituosos ocorreram antes do julgamento da ADIN 4.424-DF e, portanto, sua eficácia seria *ex nunc*, não retroagindo para prejudicar o apelado.

Em que pese os argumentos esposados pelo douto magistrado de piso, todavia, em decisão monocrática proferida pela Ministra Rosa Weber (Reclamação 14.620/MS), esclareceu-se a questão no sentido de que **o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição Federal aos arts. 12, I, e 16, da Lei 11.340/06, definindo,**

assim, a natureza pública incondicionada da ação penal em crime de lesão corporal, tendo em vista que o objetivo da legislação seria justamente reafirmar a existência secular de desigualdade entre homens e mulheres, assim como contribuir com a diminuição do quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana.

Ademais, ressalta-se que, no caso em comento, o Supremo Tribunal Federal, não modulou os efeitos do referido aresto, mas tão somente revisão da interpretação dos dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico, o que afasta qualquer limitador temporal acerca do que fora decidido na ADI 4.424/DF.

Conforme se verifica, não houve declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais da Lei nº 11.340/2006, ao contrário, reafirmou-se a sua validade e constitucionalidade da referida Lei que fora objeto da ADIN 4.424-DF.

É sabido pelo operador do direito que quando uma norma é tida (in)constitucional em sede de controle de constitucionalidade de forma abstrata, gera eficácia *erga omnes* e efeitos, em regra, vinculantes (*extunc*), ou seja, retroativos (CF, art. 102, §2º e Lei 9.868/1999. Artigo 28, parágrafo único). Na prática, com base na decisão do Supremo Tribunal Federal, constata-se que os crimes de lesão corporal praticados no âmbito doméstico e familiar serão processados por meio de ação penal pública incondicionada, ainda que se trate de fatos anteriores a ADI em comento, uma vez que a decisão apenas ofereceu interpretação conforme o texto constitucional, sem qualquer inovação legislativa, portanto, não há retroatividade *in malam partem*.

Às tais considerações, data máxima vênua, após detida análise do *decisum* ora atacado, verifica-se que o ilustre magistrado agiu em *erro in iudicando*, que enseja a reforma da r. sentença, pois não há amparo legal absolver o réu pelos motivos esposados na douda fundamentação, posto que, ao interpretar a Lei nº 11.340/2006, deu conotação diferente as diretrizes emanadas pelo Supremo Tribunal Federal (ADIN 4.424-DF) que colocou uma pá de cal sobre as divergências sobre a natureza da ação penal, sedimentando o entendimento que se trata de ação incondicionada nos delitos de lesão corporal leve em âmbito de violência doméstica e familiar.

Por derradeiro, a ausência de audiência preliminar torna-se irrelevante para o deslinde da causa em razão da natureza da ação penal incondicionada em tais delitos.

Noutro giro, a absolvição não deve prevalecer sob o fundamento da irretroatividade *in malan partem*, pois não havendo modulação dos efeitos do aresto em controle de constitucionalidade em abstrato, a eficácia da decisão é *erga omnes* e seus efeitos operam no sentido vinculante, retroagindo a data da edição da norma questionada em ação de controle de constitucionalidade, ou seja, com efeito *ex tunc*.

Assim, data máxima vênia, entendo que a r. sentença ora vergastada deve ser reformada, para condenar o apelado como incurso nas penas do artigo 129, § 9º do Código Penal, n/f dos artigos 5º e 7º da Lei 11.340/06, nos termos pugnados na denúncia.

Conforme se depreendem do caderno de provas, a materialidade e autoria do delito estão devidamente comprovadas com base nas provas produzidas na fase inquisitorial e em Juízo, valendo destacar o laudo de exame de corpo de delito de fls. 42-43, bem como o relato da vítima Josiane Leite Rodrigues e o depoimento da testemunha André Luiz Gurgel Meireles (e-Doc. 00111).

Cumprase asseverar que não se discute a autoria delitiva, posto que, o acusado não negou em seu interrogatório que discutiu com sua ex-companheira na data fatos, esclarecendo nesta ocasião, que deu empurrão na vítima, provocando a queda de Josiane, que sofrera as lesões corporais descrita no laudo pericial.

De igual sorte, considero a prova testemunhal é cristalina, evidenciando com total acerto que o réu agrediu a vítima causando-lhe as lesões corporais descritas no laudo de exame de corpo de delito, não havendo nada que lhe retire a credibilidade, eis que produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Infere-se dos autos que, a vítima Josiane Leite Rodrigues, desde a fase pré-processual, narrou que o réu a agrediu no dia dos fatos em razão de suspeita de que ela estaria ficando com outra pessoa, tendo o acusado se dirigido até a casa de sua amiga Cleia, onde se encontrava abrigada, e a agredido com socos, tapas e chutes, vindo ela a cair ao chão.

Nesta esteira, o acusado passou a chutá-la, sendo separados por vizinhos, conforme se verifica no auto de prisão em flagrante delito acostado no doc. eletrônico 0005.

Em juízo, observado o devido processo legal, a dinâmica delitiva acima descrita restou confirmada, salientando a ofendida que ficou

ferida em razão das agressões perpetradas pelo réu (fl. 91, pasta n° 00111).

Outrossim, corroborando as declarações da vítima, consta dos autos o depoimento do policial André Luiz Gurgel Meirelles, que informou que ao chegar ao local dos fatos verificou que a ofendida apresentava lesões na perna, no tórax e na face com pequeno sangramento, tendo ela e sua amiga Cleia relatado que o autor das agressões foi de fato o réu. Assim, o apelado foi detido e confessou ter agredido a vítima (fl. 90, pasta n° 00111).

Com efeito, extrai-se dos autos a confissão espontânea do réu, portanto, os elementos de provas carreados ao presente feito, não autorizam absolver o apelado frente à fragilidade das provas ora alegada pela defesa.

Por último, resta analisar a tese defensiva no tocante a legítima defesa. Conforme fora analisada, as provas colhidas na instrução criminal, não há amparo legal a tese defensiva sobre a excludente da ilicitude, ora alegada por parte do réu, pois a prova oral corroborada pelos demais elementos de provas, evidenciam que o réu não reagiu a injusta agressão, pois o fato de o réu ser ofendido em palavras pela vítima não justifica repelir as supostas provocações com excesso, ou seja, atentando contra a integridade física da vítima, consistentes em empurrão, socos, chutes, tapas e pontapé.

Assim, afastado a tese da defesa de absolvição do réu, eis que não caracterizando os requisitos para absolver o réu/apelado, nos termos do artigo 386, inciso V, do CPP.

Noutro giro, a defesa não logrou êxito em demonstrar qualquer circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, motivo pelo qual a condenação deve prevalecer.

Não havendo qualquer outra questão de mérito, passarei a analisar a dosimetria da pena.

Dosimetria da Pena – Artigo 129, § 9º, da Lei n° 11.340/2006.

Primeira fase

Inicialmente deixo consignado que a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal é da discricionária apreciação do magistrado, o que não há de ser confundido

com arbitrariedade. Deverá, então, o julgador pautar-se pela denominada discricionariedade regrada no momento da fixação da pena-base.

As regras delineadas no referido dispositivo é que vão nortear o julgador na concretização do princípio constitucional da individualização da pena, insculpido no inciso XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal.

Considerando as circunstâncias judiciais favoráveis do réu, a pena-base deve ser fixada no patamar mínimo legal, assim, fixo-lhe a pena no primeiro momento em **03 meses de detenção e 10 dias-multa**.

Segunda Fase – atenuantes e agravantes.

Verifica-se a ausência de qualquer agravante.

No tocante às atenuantes, em que pese o réu ter confessado espontaneamente a conduta delitativa perpetrada em desfavor da vítima, reconheço a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do CP, no entanto, mantenho a pena intermediária inalterada em razão do enunciado da Súmula 231, do STJ.

Terceira fase: Inexistentes outras causas modificadoras de pena, fixa-se em definitivo a reprimenda estatal em **03 meses de detenção e 10 dias-multa**.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a violência exercida contra a pessoa, nos termos do art. 44, 1 do CP, levando-se em conta que o art. 129, §9º do Código Penal não se insere na ótica dos delitos de menor potencial ofensivo, conforme já demonstrado.

Ademais, registre-se que, *in casu*, não seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, ante a vedação contida no artigo 17 da Lei nº. 11.340/06.

No tocante ao regime de pena, considerando as circunstâncias favoráveis ao réu, ora apelado, que restou condenado à pena corporal de 03 meses de detenção e 10 dia-multa, por infração ao artigo 129, § 9º, do CP, n/f da Lei nº 11.340/2006, fixo o regime de cumprimento de pena o **aberto**, nos termo do artigo 33, §2º, alínea “c”, do CP.

Consigna-se que o réu respondeu ao processo em liberdade, após pagamento de fiança.

Diante disso, a liberdade do apelado deve ser mantida até o trânsito em julgado da presente condenação, após o que, determina-se que sejam baixados os autos ao MM Juízo de origem, que deverá expedir o competente mandado de prisão.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso ministerial, para dar-lhe provimento, no sentido de condenar o réu nas penas do artigo 129, § 9º do Código Penal, n/f dos artigos 5º e 7º da Lei 11.340/06, em de 03 meses de detenção e 10 dias-multa, no regime aberto, consoante o artigo 33, §2º, alínea “c”, do CP.

É como voto.

Rio de Janeiro, 11 de março de 2014.

Desembargador SIRO DARLAN DE OLIVEIRA
Relator