



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000289445

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003386-90.2015.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante FERNANDO SERAFIM CORDEIRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria de votos, deram provimento em parte ao recurso. Vencido o 3º Juiz, Exmo. Des. Rodrigues Torres, que acolhia a preliminar e declarava nulo o julgamento, nos termos da sua declaração de voto**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) E RODRIGUES TORRES.

São Paulo, 26 de março de 2025.

MARCELO GORDO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação nº 0003386-90.2015.8.26.0526

Voto nº 30600

***DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
HOMICÍDIO TENTADO. PARCIAL
PROVIMENTO.***

I. Caso em Exame

Apelação interposta por Fernando Serafim Cordeiro contra sentença que o condenou a 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, por tentativa de homicídio qualificado. O réu alega nulidade do processo por uso injustificado de algemas, violação ao contraditório e ampla defesa, e tratamento desigual entre as partes. No mérito, pleiteia o afastamento da reincidência, aplicação da atenuante da confissão espontânea e maior redução da pena pela tentativa.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a nulidade do processo por uso de algemas e cerceamento de defesa; (ii) avaliar a aplicação da atenuante da confissão espontânea e a compensação com a reincidência; (iii) aumentar a fração de diminuição da pena pela tentativa.

III. Razões de Decidir

3. O uso de algemas foi justificado pela necessidade de segurança, não configurando nulidade.

4. A confissão espontânea foi reconhecida e compensada com a reincidência, conforme entendimento do STJ. A redução da pena pela tentativa foi mantida em 1/3, considerando a proximidade da consumação do delito.

IV. Dispositivo e Tese

5. Dá-se parcial provimento ao apelo para reduzir a pena para 8 anos de reclusão, em regime fechado.

Tese de julgamento: 1. A confissão espontânea pode ser compensada com a reincidência, que, por sua vez, não pode ser reconhecida quando não suscitada por ocasião dos debates. 2. O uso de algemas justificado não gera nulidade processual. 3. Inocorrência cerceamento de defesa ou violação ao contraditório.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 121, § 2º, IV; art. 14, II.

Código de Processo Penal, art. 217, art. 563.

Súmula 545 do STJ.

Jurisprudência Citada:

STJ, HC nº 140982/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 19.11.2009.

STJ, REsp 1341370/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, j. 10.04.2013.

TJSP, Apelação Criminal 0035378-08.2010.8.26.0506, Rel. Luiz Fernando Vaggione, 2ª Câmara de Direito Criminal, j. 21.05.2018.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 1087/1088) que, depois de submetido **Fernando Serafim Cordeiro** ao Conselho de Sentença, condenou-o a 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por incurso no artigo 121, § 2º, inciso IV, na forma do artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.

O réu sustenta, preliminarmente, nulidade do feito por violação à Súmula Vinculante nº 11, em razão do uso injustificado de algemas, bem como por conta da

violação ao contraditório e ampla defesa, ao ser impedido de acompanhar a produção de prova testemunhal, além de impedido a livre utilização da prova e da diferença de tratamento dispensado pelo juízo às partes, privilegiando a acusação em detrimento da defesa. No mérito propriamente dito, reclama o afastamento da reincidência, a aplicação da atenuante da confissão espontânea e o aumento da fração de diminuição de pena referente à tentativa (fls. 1125/1162).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 1175/1180), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (fls. 1191/1196).

É o relatório.

De proêmio, rejeito as preliminares aventadas.

No que tange o uso de algemas, veda a referida Súmula Vinculante o emprego descomedido de meio de contenção aos acusados em geral, o que não se compraz com a hipótese, onde a utilização foi pontuada e justificada pelo juízo em duas oportunidades distintas (cf. fls. 1075/1076 e fls. 1082/1083).

E no feito em testilha imputa-se ao acionado falta caracterizada a crime hediondo, a sugerir adequado o acautelamento da integridade física dos demais presentes, até porque, em muitos casos, a escolta não está armada, pormenores justificadores da providência.

A esse respeito, aliás, o E. Superior Tribunal de Justiça assinala que:

“A excepcionalidade do uso de algemas, consignada principalmente na Súmula Vinculante 11 do STF que dispõe que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, não obsta o seu emprego se demonstrada, por decisão fundamentada, a necessidade de serem precavidos os riscos antevistos no próprio enunciado sumular” (HC nº 140982/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 19.11.2009, DJe 22/02/2010).

E, no particular, a Juíza Presidente ressaltou não ser absolutamente segura a

permanência do apelante, durante o seu julgamento, sem as algemas. Transcreve-se, a propósito, o trecho respectivo da decisão (fls.1075/1076):

*“(...) Considerando as condições de segurança presentes e geralmente disponibilizadas para realização do ato, entendendo não se mostrarem suficientemente aptas a garantir, com máximo rigor, a integridade física dos participantes do ato. Sobre o tema, imperioso se faz destacar que, **dado o local em que se fará posicionado o acusado durante o plenário e, também, a estrutura atual do prédio em que realizado o julgamento**, tem-se que o mesmo permanecerá a menos de dois metros de distância dos demais presentes (Serventuários, Membro do Ministério Público, Magistrada e Defensores). Percebe-se, também, que a estrutura física policial costumeiramente cedida para a realização do ato não se mostra absolutamente suficiente para garantir, de modo duradouro, os bons andamentos dos trabalhos no que tangencia à garantia da segurança de todos os presentes e, ainda, combater o receio de fuga. Além disto, entende esta Julgadora inexistir qualquer prejuízo à Defesa – tão somente - pela utilização das algemas durante o Plenário. E assim o é, por óbvio, em virtude de não se fazer permitido endereçar, por qualquer das partes, ato hostil e desabonador ao réu decorrente da utilização do equipamento de segurança. Assim, de modo a garantir a integridade física de todos os presentes e, sobretudo, a própria integridade do próprio acusado, imperiosa a utilização das algemas. (...)”*

Mais a mais, de tal negativa não há registro de protesto realizado pelo recorrente, demonstrando, então, que se conformou e, de certa forma, concordou com os fundamentos que sustentaram a r. decisão judicial.

Também não se pode descurar que a Magistrada que preside o ato processual é quem melhor pode aquilatar, diante das peculiaridades de cada comarca, a necessidade ou não de se manter o réu algemado durante o ato.

E nem se pode perder de vista que, além de a retirada das algemas não ser direito absoluto daquele que está sob a custódia da Justiça, a possibilidade de o emprego indevido do aparato venha a se tornar causa de nulidade processual não se deduz por mera inferência; ao revés, há de se efetuar prova de que a instrução ou a apreciação do

mérito foram de alguma forma afetadas pela circunstância, e de fenômeno dessa ordem não há o menor vestígio.

Lado outro, ao contrário do aludido pela defesa, a retirada do réu do Plenário, durante as declarações da vítima ou da exibição da gravação audiovisual da testemunha protegida, prestado na primeira fase processual, não acarreta nulidade.

Salienta-se a inexistência de arguição, em plenário, da nulidade referente a retirada do réu durante as declarações da vítima, todavia, consignou-se os protestos por ocasião da determinação de retirada do réu durante a exibição da prova audiovisual, consistente nas declarações da testemunha protegida, oportunidade em que a Magistrada, mantendo a sua decisão, justificou-a na necessidade de preservação da imagem e voz da testemunha, em cumprimento ao artigo 217 do Código de Processo Penal (fls.1085).

Não se pode desconsiderar, ademais, que o advogado constituído pelo réu acompanhou pessoalmente o depoimento da vítima, bem como a exibição da gravação audiovisual, afastando, assim, as alegadas dificuldades no exercício do direito de autodefesa.

Nesse sentido:

Apelação. Preliminares. Cerceamento de defesa. Exclusão do réu da oitiva das testemunhas. Inteligência do artigo 217 do Código de Processo Penal. Nulidade não caracterizada. Indeferimento de oitiva de testemunha. Desistência de testemunha sem a anuência da Defesa. Prejuízo não comprovado. Nulidade não caracterizada. Indeferimento de juntada de documento. Notícia de jornal que buscava questionar a credibilidade de testemunha. Prova indireta. Incidência do artigo 479 do Código de Processo Penal. Notícia de data anterior ao plenário. Possibilidade de juntada em outras fases do processo. Ausência de comprovação do prejuízo. Nulidade inexistente. Preliminares rejeitadas. Homicídio duplamente qualificado. Recurso da defesa com fundamento no art. 593, inciso

III, alínea "d", do Código de Processo Penal. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Jurados que optaram pela tese da acusação, reconhecendo o motivo torpe. Reconhecimento do homicídio Privilegiado. Incompatibilidade com a qualificadora do motivo torpe. Impossibilidade. Pena. Réu que disparou nove vezes contra o corpo da vítima. Maior reprovabilidade da conduta. Exasperação. Possibilidade. Aplicação de uma das qualificadoras como circunstância agravante genérica. Possibilidade. Recurso de I.E.A. improvido e recurso ministerial parcialmente provido. - gfn

(TJSP; Apelação Criminal 0035378-08.2010.8.26.0506; Relator (a): Luiz Fernando Vaggione; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara do Júri e das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 21/05/2018; Data de Registro: 21/05/2018)

Mais a mais, como cediço, o reconhecimento de vícios que tais demanda seja demonstrado pelo prejudicado o dano advindo do ato tido por faltoso. É, afinal, o que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, a materializar o adágio *pas de nullité sans grief*.

Pretende também a d. Defesa o reconhecimento da nulidade do processo devido à alegada disparidade de tratamento dispensado pelo juízo às partes, privilegiando a acusação em detrimento da defesa, além do cerceamento de defesa, uma vez que a defesa foi impedida de formular perguntas à vítima com base em documentos produzidos na fase inquisitiva, enquanto ao acusador foi permitido o emprego de elementos colhidos naquela fase.

No aspecto, contudo, não se materializou tal vicissitude processual.

Infere-se da mídia acostada as fls. 1098, referente ao depoimento da vítima, bem como do áudio dos debates, acostado aos autos pela defesa através do link apontado as fls. 1150, com trechos transcritos ao longo das suas razões recursais

(fls.1139/1154), que não houve parcialidade do juízo e nem privilégios específicos a qualquer das partes.

Foi oportunizado à defesa o direito de formular perguntas à vítima; contudo, foram indeferidas as perguntas insistentemente realizadas em confronto com depoimentos colhidos apenas na fase inquisitorial, uma vez que os dados colhidos fora do contraditório não se prestam, mesmo na seara do Tribunal Popular, ao édito condenatório.

Com efeito, requerida a consignação em ata dos protestos, a d. Magistrada de 1º grau, no âmbito de sua esfera de convencimento, bem fundamentou por não acatar o pedido, *verbis*: "(...) a intervenção desta Juíza na fala do Douto advogado durante a inquirição da vítima se fez fulcrada no artigo 155 do CPP, aplicável ao procedimento do júri. Considerando que prova produzida em sede de inquérito não se faz colhida sob o crivo do contraditório, utilizá-la para contrapor a inquirição da vítima (ou testemunhas) em plenário, pode seguramente causar confusão no entendimento dos jurados, juízes leigos que são, daí por que esta juíza orientou o Douto Advogado a evitar as referências ao inquérito, valendo-se em suas perguntas, se o desejasse, das provas colhidas em juízo, na primeira fase, haja vista mais recentemente produzidas e sob o crivo do contraditório, que é o mais relevante a ser considerado. A base principiológica disso advém da própria impossibilidade de ser analisado o inquérito policial como argumento de autoridade, máxime frente ao Tribunal do Júri, o que vai contra princípios constitucionais, afinal, em sua origem tal espécie de provas é produzida nos moldes inquisitivos, de sorte que seu valor probatório pesa, e muito, quando se trata de juízes leigos que não precisam fundamentar suas decisões. Em última ponderação, não se pode em plenário permitir que as partes façam perguntas ou direcionem seus debates, **apenas, com base em prova colida em fase policial**, razão pela qual a intervenção desta Juíza se fez necessária, já que no citado instante o D. Advogado insistia em perguntar (perguntas em sequência) à vítima sobre relatos feitos em inquérito, o que não se pode admitir." – fls. 1084/1085.

Ou seja, durante a apontada intervenção, a Magistrada deixou claro para a

defesa que não estava impedindo que fosse feita menção às provas produzidas no inquérito, mas sim que não era possível fossem as perguntas fundadas apenas nas provas inquisitoriais, evitando-se a busca do convencimento do Conselho de Sentença com base apenas em tais provas. Tal ressalva foi reiterada por ocasião dos debates, quando houve pedido de aparte pela defesa do apelante, face a menção pela acusação de relatório investigativo acostado aos autos, produzido durante a fase inquisitorial, conforme se vê da transcrição de fls.1147.

Outrossim, importa salientar, como bem pontuado pela i. Magistrada, que o depoimento da vítima, bem como das testemunhas, deve se limitar a questões objetivas para esclarecimento do fato, sendo vedada manifestação de juízo de valor, porquanto devida apenas ao Conselho de Sentença.

Superada, assim, a matéria preliminar, passa-se ao exame do mérito do recurso.

É dos autos que, nas circunstâncias espaço-temporais descritas na incoativa, o increpado, mediante emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, através de disparos de arma de fogo, tentou matar Tiago Aparecido Dias.

Não questionadas, na essência, autoria e materialidade, cinge-se o enfrentamento àquilo que pontuado pela parte.

A reprimenda imposta inspira discreto reparo em seu *quantum*.

A basal foi fixada no mínimo legal de 12 (*doze*) anos de reclusão, o que não inspira retoques.

Já na etapa subsequente, era mesmo caso de reconhecer-se a atenuante da confissão espontânea, tal como disputado pela defesa. Afinal, o réu admitiu a autoria delitiva em juízo, pese tenha tentado eximir-se da responsabilidade penal, escorando-se na tese de legítima defesa.

E, na esteira do entendimento do C. STJ, sufragado pela Súmula 545, aliás,

a confissão, ainda que qualificada, deve ser valorada para fins de mitigação da pena. Confira-se:

“(...) A confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação. 3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que “É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência”. (...)” (negritou-se) (STJ, HC 405.388/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017)

“(...) Servindo a confissão de suporte para a condenação, o fato de ter se dado de forma parcial não afasta a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. (...)” (STJ, HC 217.683/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

“(...) 3. Conforme entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 545/STJ, a confissão espontânea do réu sempre atenua a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, se utilizada para fundamentar a condenação. (...)” (negritou-se) (STJ, HC 526.484/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 07/10/2019)

Por outro lado, inviável o reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, pois, não obstante condenado pela prática de tráfico nos autos nº

0001893-83.2012.8.26.0526 (cf. certidão de fls. 960/962), não há notícias na ata de julgamento de fls. 1082/1088 de que tal circunstância tenha sido suscitada por ocasião dos debates orais, seja pelo órgão do Ministério Público, seja pela Defesa.

E não há que se falar em circunstância de natureza objetiva, de sorte que não era dado o seu conhecimento pela Juíza Presidente, em atendimento ao disposto no art. 492, I, alínea “b”, do Código de Processo Penal, conforme já decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. QUANTUM DE PENA APLICADO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Agravante da reincidência. Ausência de discussão no plenário do Tribunal do Júri. O acórdão impugnado divergiu da orientação da jurisprudência dominante nesta Corte Superior no sentido de que, mesmo sendo a reincidência agravante de ordem objetiva, somente é possível sua valoração na dosimetria da pena dos crimes julgados pelo Tribunal do Júri quando for arguida em plenário nos debates.

Assim, tendo a Corte local entendido ser despicienda a menção da reincidência em sede de debates no Plenário do Tribunal do Júri para que possa incidir no cálculo pena, o seu afastamento é

a medida de rigor. Precedentes.

III - Modo inicial de resgate de pena. Circunstâncias judiciais todas favoráveis. Reprimenda final fixada em 05 (cinco) anos de reclusão. Regime inicial semiaberto consentâneo com art. 33, §§ 2º, alínea "b", 3º, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.”- (grifamos).

(AgRg no HC n. 858.386/RS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024.)

Assim, reconhecida a atenuante de confissão, e embora afastada a incidência da agravante de reincidência, a sanção permanece inalterada, dado o óbice imposto pela Súmula 231, do C. STJ.

Na fase derradeira, pelo *conatus*, a pena deve mesmo ser reduzida no mínimo de 1/3 (um terço), o que se adequa ao *iter criminis* percorrido pelo agente, que muito se aproximou da consumação do delito. No aspecto, insta registrar que a vítima recebeu dois disparos de arma de fogo, ocasionando ferimentos de natureza grave com necessidade de hospitalização por alguns dias e, inclusive, submissão a cirurgia para retirada dos projéteis.

Por obra do acaso, quer-se crer, não eclodiu resultado ainda mais lamentável.

Desta feita, a reprimenda agora resulta fixada, em definitivo, em **08 (oito) anos de reclusão**.

Derradeiramente, à vista da hediondez da falta, devida a fixação do regime fechado para início de cumprimento da corporal, porquanto imposição menos candente malferiria princípio maior da suficiência, sem o alcance retributivo ao malfeito.

O desrespeito demonstrado e o desapego para com a existência humana assim o recomendam.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Afinal, a investida capital, com dolo de ceifar a existência, não pode ser vista com condescendência.

Diante do exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo a fim de reduzir a punição de **Fernando Serafim Cordeiro** para **08 (oito) anos de reclusão**, em regime fechado; mantém-se, no mais, a r. sentença.

MARCELO GORDO

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 4.892

Apelação Criminal nº 0003386-90.2015.8.26.0526

Comarca: Salto

Apelante: Fernando Serafim Cordeiro

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO

VISTOS PARA DIVERGÊNCIA EM JULGAMENTO VIRTUAL.

Ouso divergir, com a devida vênia, do v. voto do Eminentíssimo Relator, que dá provimento parcial à apelação interposta por **FERNANDO SERAFIM CORDEIRO** contra decisão do Egrégio Tribunal do Júri, que o condenou pela prática de tentativa de homicídio qualificado, delito tipificado no artigo 121, § 2º, IV, c.c. artigo 14, II do Código Penal, ao cumprimento da pena de reclusão de um (09) anos e quatro (04) meses, com início no regime fechado.

Adoto o relatório do Eminentíssimo Relator:

*“Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 1087/1088) que, depois de submetido **Fernando Serafim Cordeiro** ao Conselho de Sentença, condenou-o a 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por incurso no artigo 121, § 2º, inciso IV, na forma do artigo 14, inciso II, todos do Código Penal. O réu sustenta, preliminarmente, nulidade do feito por violação à Súmula Vinculante nº 11, em razão do uso injustificado de algemas, bem como por conta da violação ao contraditório e ampla defesa, ao ser impedido de acompanhar a produção de prova testemunhal, além de impedido a livre utilização da prova e da diferença de tratamento dispensado pelo juízo às partes, privilegiando a acusação em detrimento da defesa. No mérito propriamente dito, reclama o afastamento da reincidência, a aplicação da atenuante da confissão espontânea e o aumento da fração de diminuição de pena referente à tentativa (fls. 1125/1162). Apresentadas as contrarrazões (fls. 1175/1180), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (fls. 1191/1196). É o relatório.”*

Eis a síntese da ementa proposta pelo Eminentíssimo Relator.

"APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TENTADO. PARCIAL PROVIMENTO. I. (...). II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO. 2. A QUESTÃO EM DISCUSSÃO CONSISTE EM (I) VERIFICAR A NULIDADE DO PROCESSO POR USO DE ALGEMAS E CERCEAMENTO DE DEFESA; (II) AVALIAR A APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA; (III) AUMENTAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA.

III. RAZÕES DE DECIDIR. 3. O USO DE ALGEMAS FOI JUSTIFICADO PELA NECESSIDADE DE SEGURANÇA, NÃO CONFIGURANDO NULIDADE DE. 4. A CONFISSÃO ESPONTÂNEA FOI RECONHECIDA E COMPENSADA COM A REINCIDÊNCIA, CONFORME ENTENDIMENTO DO STJ. A REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA FOI MANTIDA EM 1/3, CONSIDERANDO A PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. IV. DISPOSITIVO E TESE. 5. DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA REDUZIR A PENA PARA 8 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. TESE DE JULGAMENTO: 1. A CONFISSÃO ESPONTÂNEA PODE SER COMPENSADA COM A REINCIDÊNCIA, QUE, POR SUA VEZ, NÃO PODE SER RECONHECIDA QUANDO NÃO SUSCITADA POR OCASIÃO DOS DEBATES. 2. O USO DE ALGEMAS JUSTIFICADO NÃO GERA NULIDADE PROCESSUAL. 3. INOCORRÊNCIA CERCEAMENTO DE DEFESA OU VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO. (...)”

Passo a declarar meu voto.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE PELO USO DE ALGEMAS

O apelante tem razão.

O uso de algemas no plenário do Tribunal do Júri, sem a devida e imprescindível justificativa concreta, constitui causa de nulidade do julgamento.

Segundo o voto do Eminentíssimo Relator, “*no que tange o uso de algemas, veda a referida Súmula Vinculante o emprego descomedido de meio de contenção aos acusados em geral, o que não se compraz com a hipótese, onde a utilização foi pontuada e justificada pelo juízo em duas oportunidades distintas (cf. fls. 1075/1076 e fls. 1082/1083)*”.

Ouso divergir.

No início de seu julgamento, Zé Bebelo, na obra Grande Sertão: Veredas, de Guimarães Rosa, requereu: “*para falar, careço que não me deixem com as mãos amarradas*”. Seu pedido foi atendido.

Em 1955, durante o Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a *Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes*, realizado em Genebra, foram aprovadas as REGRAS DE MANDELA, as quais, com a concordância e adesão do Brasil, reconhecem e dispõe, no âmbito de sua normatividade específica, que entre as REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO, é preciso observar a excepcionalidade do uso das algemas:

"33. A sujeição a instrumentos tais como algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como punição. Correntes e ferros também não serão usados como instrumentos de coação. Quaisquer outros instrumentos de coação não serão usados, exceto nas seguintes circunstâncias: a. Como precaução contra fuga durante uma transferência, desde que sejam retirados quando o preso comparecer perante uma autoridade judicial ou administrativa" (Regras de Mandela. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social).

Nesse mesmo sentido, reconhecendo, também, ser indevido e prejudicial aos direitos dos acusados o uso de algemas sem necessidade concreta, o Supremo Tribunal Federal aprovou a SÚMULA VINCULANTE nº 11, asseverando o seguinte:

"Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

E o Código de Processo Penal, no § 3º de seu artigo 474 dispõe, expressamente, ser proibido o uso de algemas durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, nesses termos:

"§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes."

Como se vê, o uso de algemas é proibido durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, obviamente, para a preservação da dignidade humana e respeito aos princípios constitucionais e convencionais da presunção de inocência e julgamento imparcial e justo.

É verdade que o STF, ao editar a Súmula nº 11, reconheceu que o uso de algemas pode ser admitido, excepcionalmente, se houver (1) resistência, (2) *fundado receio de fuga* ou (3) *perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros*.

Mas, nessas situações, o uso de algemas, como alternativa excepcional, deve ser justificado, à evidência, diante da constatação de circunstâncias concretas, que devem ficar explicitamente declaradas.

Aliás, o CPP, no referido dispositivo legal, também admite exceções, afirmando ser possível o uso de algemas durante o julgamento em plenário do júri quando “*absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes*”, circunstâncias essas, que, inexoravelmente, devem ser justificadas concretamente.

Contudo, neste caso, ao autorizar a manutenção das algemas durante o julgamento do apelante, a digna Juíza Presidenta não invocou nenhum motivo concreto hábil para justificar essa excepcional decisão. Com efeito, contrariando os termos da exigência explícita da Súmula Vinculante nº 11, não foi afirmada a ocorrência de resistência, nem a presença de fundado receio de fuga nem qualquer fato real e convincente que demonstrasse a configuração de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. Além disso, também não foi mencionado, na fundamentação da respectiva decisão, quais seriam os motivos e fatos concretos que estariam a demonstrar que o uso de algemas seria “*absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presente*” (fls.1075/1076).

É verdade que a digna Juíza Presidenta afirmou que a sua decisão estaria justificada diante das “*condições de segurança presentes e geralmente disponibilizadas para realização do ato*”, as quais não seriam “*suficientemente aptas a garantir, com máximo rigor, a integridade física dos participantes do ato*”. Todavia, essas razões são demasiadamente genéricas e insuficientes, inclusive, para suportar uma contestação que não seja também genérica na dimensão de sua negação. Não é possível saber, diante dessa genérica expressão, quais eram as “condições de segurança presentes”, nem quais seriam as “condições geralmente disponibilizadas”, nem quais foram efetivamente as condições disponibilizadas na data do julgamento. Aliás, se geralmente são fornecidas condições de segurança ideais, mas, no dia do julgamento, essas condições não foram garantidas, cabia à digna magistrada, com a devida vênia, adiar o julgamento e adotar as cabíveis providências para que tais condições fossem garantidas.

É verdade, também, que, ao procurar explicitar os motivos que estariam a justificar o uso das algemas, a digna magistrada afirmou que a **estrutura atual do prédio em que realizado o julgamento** seria insuficiente para a manutenção da segurança. Contudo, não há nenhuma explicação concreta sobre essa referida estrutura atual insegura nem o porquê de sua insuficiência. Aliás, se as condições estruturais do prédio não permitem a realização dos julgamentos com segurança, caberia a adoção de medidas prévias para superar esse problema estrutural.

É verdade, ainda, que a ínclita Presidenta do Tribunal do Júri também afirmou que estaria a configurar motivo de insegurança “*o local em que se fará posicionado o acusado durante o plenário, a menos de dois metros de distância dos demais presentes (Serventuários, Membro do Ministério Público, Magistrada e Defensores*”. Contudo, essa condição física do plenário já era do conhecimento prévio de Sua Excelência, que, antecipadamente, deveria ter adotado providências para superar tal situação, que, segundo o seu convencimento, seria inadequado. Aliás, se mantido o réu, durante o julgamento, ao lado de seu defensor, na bancada da Defesa, esse problema poderia ter sido resolvido. Essa providência pode ser adotada, normalmente, inclusive, para assegurar a garantia prevista no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que dispõe que os acusados têm o direito de comunicar-se livremente e em particular com os seus defensores. Mas, se não havia realmente nenhuma alternativa diante da atual condição física do plenário, era cabível, necessário e plenamente justificável o adiamento da sessão para que outro lugar fosse disponibilizado, preparado, encontrado ou adaptado. O que não se pode admitir, *data maxima venia*, é a violação de direitos com base na omissão do Estado, que não dota providências materiais e estruturais para a sua efetiva garantia.

Finalmente, também é verdade que a digna magistrada asseverou que a “*estrutura física policial costumeiramente cedida para a realização do ato não se mostra absolutamente suficiente para garantir, de modo duradouro, os bons andamentos dos trabalhos no que tangencia à garantia da segurança de todos os presentes e, ainda, combater o receio de fuga*”. Todavia, se tal ocorre “costumeiramente”, cabia à digna Presidenta adotar as medidas cabíveis para que a “estrutura física policial” fosse fornecida adequadamente, de acordo com as necessidades de segurança exigidas, ou, então, adiar o julgamento. Decididamente, a omissão do Estado em fornecer a bastante “estrutura física policial” não pode ser justificativa para a violação dos direitos do acusado.

E não se diga, *data maxima venia*, que o uso de algemas não acarretou nenhum prejuízo para a Defesa, porque não se permitiria o fazimento de nenhum juízo hostil ou desabonador ao réu “*decorrente da utilização do equipamento de segurança*”.

É evidente que, para a preservação de um julgamento justo, essas referências hostis ou desabonadoras devem realmente ser coibidas, porque assim o determina a ética, porque assim o determina a necessidade de preservação da dignidade humana e porque assim também o determina a lei, que, no artigo 478 do CPP, considera nulo o julgamento se houver menção à determinação do uso de algemas como argumento de acusação. Mas, essa não é a questão. O prejuízo da manutenção do réu algemado decorre do próprio fato, em razão de presunção legal. Trata-se de dano *in re*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ipsa. Lembre-se de que a lei processual, bem como o STF e o sistema de proteção dos direitos humanos, proíbe o uso de algemas exatamente em homenagem ao princípio constitucional e convencional da presunção de inocência, em deferência ao princípio da garantia da plenitude do direito de defesa e para preservar a dignidade da pessoa acusada. Portanto, o descumprimento dessa proibição implica imediata violação do direito do réu a um julgamento justo, salvo nas hipóteses de exceção legal, que devem estar plenamente justificadas e condizentes com o critério da ponderação, para que outros direitos possam ser efetivamente garantidos e preservados diante de necessidade concreta.

É por isso que o Superior Tribunal de Justiça, como bem referiu o digno Relator, com razão, assevera o seguinte:

“A excepcionalidade do uso de algemas, consignada principalmente na Súmula Vinculante 11 do STF, que dispõe que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, não obsta o seu emprego se demonstrada, por decisão fundamentada, a necessidade de serem precavidos os riscos antevistos no próprio enunciado sumular” (HC nº 140982/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 19.11.2009, DJe 22/02/2010).

Como se vê, nos termos dos dispositivos normativos contidos nas Regras de Mandela e no CPP, bem como de acordo com a Súmula nº 11 do STF, o uso de algemas durante o julgamento do Tribunal do Júri somente pode ser admitido como exceção, em situações concretas e devidamente justificadas, sob pena de violação flagrante dos direitos do acusado a um julgamento justo, ético e condizente com a preservação da dignidade e princípios constitucionais e convencionais da presunção de inocência e plenitude de defesa.

É por isso que, com o máximo respeito, ousaria divergir do voto do Eminentíssimo Relator, para acolher a preliminar suscitada e **DECLARARIA NULO** o julgamento do apelante, forte no artigo 593, III do CPP.

Eis o meu voto.

RODRIGUES TORRES
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	13	Acórdãos Eletrônicos	MARCELO COUTINHO GORDO	2A165654
14	19	Declarações de Votos	JOSE HENRIQUE RODRIGUES TORRES	2A2B73EC

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 0003386-90.2015.8.26.0526 e o código de confirmação da tabela acima.