



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000389110

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500515-45.2020.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LUIS HENRIQUE DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, deram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos que constarão do acórdão**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), HERMANN HERSCHANDER E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 13.662

APELAÇÃO nº 1500515-45.2020.8.26.0297

COMARCA: Jales – 1ª Vara Criminal

APELANTE: M. P. do E. de S. P.

APELADO: L. H. de S.

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL.

I. Caso em Exame

Recurso de apelação criminal interposto pelo M.P. do E. de S.P. contra sentença que absolveu o acusado L. H. de S. da imputação de lesão corporal contra sua esposa, S. A. M. de O., com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. A Acusação pleiteia a condenação do acusado, alegando a comprovação da autoria e materialidade delitivas.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se a absolvição do acusado foi correta, considerando as provas apresentadas, incluindo depoimentos e laudos periciais, e se há elementos suficientes para a condenação por lesão corporal no contexto de violência doméstica.

III. Razões de Decidir

3. A materialidade delitiva foi comprovada por boletim de ocorrência, laudo de exame de corpo de delito e depoimentos, que indicam lesões compatíveis com agressão.

4. A autoria é confirmada pelo depoimento da vítima, que corrobora a versão de agressão física por parte do acusado, sem evidências de legítima defesa.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido. Tese de julgamento: 1. A palavra da vítima em casos de violência doméstica possui especial relevância quando corroborada por outros elementos de prova. 2. A embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade penal.

Legislação Citada: Código Penal, art. 129, § 9º; art. 28, II; art. 44, II; art. 33, § 2º, alínea “c”; art. 33, § 3º; art. 59; art. 68. Código de Processo Penal, art. 156; art. 386, VII. Jurisprudência Citada: STJ, AgRg no AREsp 936.222/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 25.10.2016. STJ, RHC 34.035/AL, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 05.11.2013. TJSP, Apelação Criminal nº 3000932-93.2013.8.26.0126, Rel. Des. Silmar Fernandes, j. 08.02.2018.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo **M. P. do E. de S. P.** contra a r. sentença de fls. 206/227, que absolveu o acusado **L. H. de S.** da imputação contra ele formulada na denúncia, com fundamento no disposto no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais, postulou a Acusação a condenação do apelado nos termos da denúncia, afirmando terem restado comprovadas a autoria e materialidade delitivas. Pugnou pela consideração, na fixação da pena, dos maus antecedentes criminais e da reincidência do acusado, bem como pela imposição do regime semiaberto para cumprimento da reprimenda imposta (fls. 233/239).

O recurso foi recebido, sendo apresentadas contrarrazões (fls. 254/257).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 268/272.

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 12 de fevereiro de 2020, na Rua Assaré, 4126, na cidade e Comarca de Jales, **L. H. de S.**, valendo-se de relacionamento doméstico e familiar anterior, ofendeu a integridade corporal de sua esposa S. A. M. de O. causando-lhe as lesões corporais consistente em hematoma em olho direito.

O recurso comporta provimento.

A materialidade delitiva ficou provada pelo boletim de ocorrência (fls. 04/06), pela fotografia (fls. 18), pela ficha de atendimento médico (fl. 19), pelo laudo de exame de corpo de delito (fls. 23/24), bem como pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é segura e inconteste.

O réu, perante a Autoridade Policial, afirmou ter sido casado com S. A. M. de O. por oito anos, possuindo dois filhos em comum, de um e três anos de idade. Alegou que, na manhã dos fatos, acordou para trabalhar e iniciou uma discussão com sua esposa, não se recordando exatamente o motivo. Declarou que S. A. M. de O. estava nervosa e jogou uma "lancheira" contra seu rosto. Em razão disso, imediatamente desferiu um tapa no rosto da ofendida, confirmando ter atingido seu olho. Ato contínuo, a vítima pegou diversos objetos e atirou em sua direção, acabando por atingir-lhe na cabeça, ocasionando um corte. Logo em seguida, deixou a residência. Negou ter desferido um soco contra sua esposa, apenas atingindo-a com um tapa. Declarou não ter interesse em processar a ofendida pelas lesões que ela lhe causou (fls. 30).

Em Juízo, teve decretada sua revelia (fls. 151/152).

Em que pese o instituto da revelia não surtir os mesmos efeitos do processo civil no processo penal, certo é que a prova dos autos é suficiente para o decreto condenatório.

Não obstante o entendimento sugerido pelo Direito Processual Civil, importa observar que, na seara processual

penal, a revelia não poderá operar do mesmo modo que se dá no processo civil, em razão de estarmos diante de um direito não disponível, qual seja, a liberdade, não se podendo liberar a Acusação de comprovar o que alega, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a vítima S. A. M. de O. narrou, na fase extrajudicial, ser casada com o acusado há aproximadamente sete anos, sendo que seu marido é toxicômano e fica agressivo em momentos de abstinência. Afirmou que, por várias vezes, foi agredida por ele, chegando a registrar ocorrência sobre os fatos, mas sem, contudo, dar prosseguimento à sua apuração. Na manhã dos fatos, após despertarem, tiveram uma discussão e o réu desferiu um soco contra seu rosto, vindo a provocar sangramento nasal. Quando acionou a Polícia Militar, o acusado saiu de casa. Foi socorrida e passou por atendimento médico. No local dos fatos, estavam apenas ela, o acusado e os filhos impúberes do casal. Na ocasião, solicitou a concessão de Medidas Protetivas de Urgência (fls. 07/11).

Em juízo, a ofendida declarou que ainda se relacionava com o acusado, tendo ocorrido a reconciliação do casal. Confirmou que, na data do fato, houve uma discussão com o réu, ocasião em que este lhe desferiu um soco no olho direito. Afirmou que o acusado estava embriagado. Disse que, na oportunidade, o réu não tinha consciência dos seus atos, bem como não tinha controle de suas ações. Depois que recobrou a consciência, o acusado não acreditava que a tinha agredido daquela forma. Informou que não se recordava mais qual teria sido o motivo da discussão. Afirmou, ainda, que, lúcido, o réu nunca a

agrediu. Depois dos fatos, nunca mais foi agredida pelo réu. Negou ter tido sangramento nasal por causa do soco, informando, ainda, que apenas ficou com o olho inchado. Durante a discussão, arremessou uma lancheira na direção do acusado, atingindo-o na cabeça. Passaram a trocar ofensas verbais. Depois disso, o réu lhe desferiu um soco. Ligou para o genitor do acusado, que compareceu ao local, quando já havia sido agredida. Declarou que, atualmente, convivem bem, tendo as agressões cessado. Afirmou que o réu chegou embriagado. No dia seguinte, tentava acordá-lo para que fosse trabalhar e o acusado não se levantava. Passaram a discutir, tendo o réu quebrado a televisão e a geladeira da casa. Irritou-se e arremessou uma lancheira contra o réu, não percebendo que ele havia se lesionado. Continuaram a discutir, tendo o réu investido contra ela (mídia SAJ).

A respeito da relevância do depoimento da vítima, sobretudo quando coerente com os demais elementos de prova, vale conferir julgados do C. STJ:

“REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AGRESSÃO PRATICADA EM RAZÃO DO GÊNERO DA VÍTIMA. COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA. MODIFICAÇÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SUMULA N. 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, tratando-se de crime cometido no contexto de

violência doméstica e familiar contra a mulher, motivado pelo gênero ou vulnerabilidade da ofendida em razão da sua condição de mulher, a competência para o processamento da ação penal é da Vara especializada, tal como estabelece a Lei n. 11.340/06. 2. Tendo as instâncias ordinárias concluído, com base nos elementos de prova carreados aos autos, que o crime praticado foi motivado por questões de gênero, considerando que a vítima estaria em situação de vulnerabilidade por ser do sexo feminino, para se chegar à conclusão diversa do julgado seria necessário o revolvimento de todo o acervo fático-probatório, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ. 3. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, no âmbito dos crimes previstos na Lei n. 11.340/06, a palavra da vítima possui especial relevância, mormente quando corroborada por outros elementos de prova, tal como ocorreu na espécie. 4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no AREsp 936.222/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016).

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em

regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas. 2. No caso, verifica-se que as medidas impostas foram somente para manter o dito agressor afastado da ofendida, de seus familiares e de eventuais testemunhas, restringindo apenas em menor grau a sua liberdade. 3. Estando em conflito, de um lado, a preservação da integridade física da vítima e, de outro, a liberdade irrestrita do suposto ofensor, atende aos mandamentos da proporcionalidade e razoabilidade a decisão que restringe moderadamente o direito de ir e vir do último. 4. Recurso em habeas corpus improvido” (RHC 34.035/AL, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 25/11/2013).

Deve ser destacado que, nos crimes previstos na Lei Maria da Penha, por serem normalmente cometidos em contexto doméstico, na maioria das vezes sem testemunhas presenciais, a palavra de vítimas é de extrema relevância para a aferição da verdade real.

Nesse sentido são os precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CRIMINAL – Lesão corporal – Violência doméstica – Artigo 129, caput c. c. §9º, do Código Penal – Acervo probatório que justifica a procedência da ação penal – Autoria e Materialidade comprovadas – Palavra da vítima – Relevância – Prova técnica atestando a lesão – Prova testemunhal – Confissão

extrajudicial - Incabível a alegação de insuficiência probatória - Condenação mantida - Pena - Dosimetria - Reprimenda aplicada de forma exacerbada - Redução - Necessidade - Todavia, mantida a consideração dos maus antecedentes - A elevação da pena em razão dos maus antecedentes funda-se em fatos diversos daquele que caracterizou a reincidência - Condenações antigas - Irrelevância - As condenações atingidas pelo denominado período depurador, a que se refere o artigo 64, inciso I, do Código Penal, podem ser consideradas para elevação da pena-base, vez que são aptas para caracterizar maus antecedentes APELO PARCIALMENTE PROVIDO” (Apelação Criminal nº 3000932-93.2013.8.26.0126, Rel. Des. Silmar Fernandes, j. em 08/02/2018).

“APELAÇÃO CRIMINAL. Violência Doméstica. Lesão corporal. Decreto condenatório. Defesa requer a absolvição por insuficiência probatória. Sem razão. Autoria e materialidade suficientemente demonstradas. Relato contundente da vítima. Palavra da ofendida prevalece sobre a versão do acusado, ainda mais quando se apresenta coerente com a dinâmica dos fatos. Pena fixada com critério. Regime inicial aberto. Apelo não provido” (Apelação Criminal nº 0009604-10.2014.8.26.0320, Rel. Des. Andrade Sampaio, j. em 01/02/2018).

“LESÕES CORPORAIS NO ÂMBITO DOMÉSTICO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA

PROBATÓRIA – NÃO ACOLHIMENTO – LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO – PALAVRAS DA VÍTIMA COERENTES E AMPARADAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO – PENAS E REGIME INICIAL ABERTO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDOS – afastada a prestação de serviços à comunidade como condição do sursis – pena inferior a 06 meses – inteligência do art. 78, § 1º, e 46, ambos do CP – RECURSO parcialmente PROVIDO” (Apelação Criminal nº 0001629-51.2011.8.26.0704, Rel. Des. Amaro Thomé, j. em 23/11/2017).

Por seu turno, a testemunha Eder Carlos da Costa Santos, policial militar, informou que, na data do fato, juntamente com seu colega de farda, dirigiram-se até a residência da vítima, atendendo a sua solicitação, encontrando-a com o rosto bastante machucado, com o nariz inchado, sangrando, aparentando ter sofrido uma fratura. Acionaram o SAMU, que levou a vítima ao pronto socorro para atendimento. A ofendida relatou que seu marido havia desferido socos contra seu rosto. Não se recordava ao certo, mas acreditava que o acusado não estava mais no local. Declarou não ter visto outros ferimentos que indicassem a existência de luta corporal, visualizando apenas os ferimentos de seu rosto, que apresentavam gravidade, sendo necessário que fosse prestado socorro no local. Não se lembrava exatamente o que a vítima declarou, recordando-se apenas de que a vítima mencionou que havia sido agredida por seu marido. Confirmou que a ofendida declarou que a lesão em sua face era decorrente de um soco desferido pelo réu. Não se recordava de a vítima ter mencionado

que o réu era viciado em drogas e que ficava agressivo quando em estado de abstinência da droga (mídia SAJ).

Como se vê, a versão oferecida pelo réu na fase extrajudicial não é capaz de infirmar os fatos narrada pela vítima, cujo relato se mostra coerente com a atitude temerosa em procurar defesa junto aos Agentes do Estado, tornando-se elemento de convicção que se amolda a imputação que recai sobre o acusado.

Registre-se que as palavras da ofendida merecem credibilidade e devem ser prestigiadas quando se verifica que se encontram em harmonia com as demais provas produzidas nos autos, sem notícia de nada que macule a idoneidade de tal pessoa.

Registre-se que o laudo de exame de corpo de delito de fls. 23/24 atestou a ocorrência de lesões corporais de natureza leve, consistentes em *“hematoma em olho direito”*.

Nítido, pois, que referida lesão se mostra compatível com a versão narrada pela ofendida em juízo, sendo que se trata de ferimento característico de pessoa efetivamente agredida. Por outro lado, não houve constatação de qualquer lesão sofrida pelo acusado.

Assim, é de se concluir que o depoimento da vítima, em linhas gerais, deve ser levado em consideração, pois firme e coeso, bem como em consonância com as provas amealhadas nos autos, as quais foram produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Note-se que não há que se cogitar de legítima

defesa, ou que se trata de agressões mútuas, pois, tal versão perde a credibilidade ao ser comparada, não só com as palavras da vítima, mas também em razão das lesões verificadas no exame pericial.

Ademais, ainda que hipoteticamente se admitisse alguma investida por parte da ofendida (o que se menciona meramente *ad argumentandum*), inviável seria o reconhecimento de moderação no uso dos meios necessários para repelir injusta agressão. Repita-se que, o exame de corpo de delito, houve, sim, a constatação pericial dos ferimentos sofridos pela vítima, típicos de quem sofre agressão. A prova médica é inequívoca e demonstra, objetivamente, que a ofendida foi efetivamente lesionada.

Tem-se, enfim, que o acusado, com força superior à da vítima, provocou na ofendida, comprovadas lesões, sem demonstração de que agiu nos limites do necessário para repelir injusta agressão, afastada a ocorrência da legítima defesa.

Nada há, enfim, que enfraqueça o valor probatório das declarações colhidas nos autos.

Destarte, tudo se soma para confirmar a responsabilidade do réu pela prática delituosa.

Em que pese tenha a ofendida tentado minimizar a gravidade dos fatos em Juízo, tendo em vista ter prestado suas declarações na presença dos filhos menores, relatando ter se reconciliado com o acusado, as provas produzidas nos autos se contrapõem à versão dos fatos apresentada pelo acusado, devendo ser considerado o depoimento prestado pela ofendida na delegacia de

polícia.

Observe-se que o acusado não negou ter agredido a companheira, buscando apenas minimizar a gravidade dos fatos, afirmando ter desferido apenas um tapa em sua face, bem como terem havido agressões mútuas. A ofendida, por seu turno, embora tenha narrado ter o casal se reconciliado e viver em harmonia, não negou a ocorrência da agressão, confirmando ter sido atingida no rosto por um soco desferido pelo companheiro, após a ocorrência de uma discussão. Além disso, perante a Autoridade Policial, afirmou a ocorrência de agressões anteriores, em relação às quais, contudo, nunca “deu prosseguimento”, possivelmente por temer retaliação por parte do acusado.

Necessário, portanto, ser prestigiado o depoimento extrajudicial da ofendida, em consonância com o teor da prova pericial produzida nos autos.

Em que pese a existência de pequena divergência no testemunho do policial que atendeu a ocorrência, em relação ao local em que a vítima teria sofrido a lesão, tem-se que a materialidade e a autoria do delito de lesão corporal leve é incontestável, comprovada a sua ocorrência pela prova colhida nos autos, a qual é robusta e suficiente para ensejar a condenação.

Inexistem causas que afastem a ilicitude da conduta, e excluam a culpabilidade do agente ou extingam a punibilidade, não prosperando o decreto de absolvição por insuficiência probatória.

De fato, o escopo da ação do réu foi inequívoco, afigurando-se que a condenação por tal delito, era de rigor.

Da mesma forma, inexistem causas que afastem a ilicitude da conduta, e excluam a culpabilidade do agente ou extingam a punibilidade. Neste ponto, é bom lembrar que a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade penal, de conformidade com o artigo 28, inciso II, do Código Penal, pois se aplica, nesses casos, a chamada *actio libera in causa*, isso porque o agente, quando ingeria a substância, era livre para decidir se devia ou não o fazer.

A conduta nesses casos, mesmo quando praticada em estado de embriaguez completa, originou-se de um ato de livre-arbítrio do sujeito, que optou por ingerir a substância quando tinha possibilidade de não o fazer.

A ação foi livre na sua causa, devendo o agente, por essa razão, ser responsabilizado. Só não seria responsabilizado o agente nos casos em que a embriaguez fosse resultante de força maior ou caso fortuito, o que não ocorreu na espécie.

Nesse sentido já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em casos análogos:

“Roubo circunstanciado – Apelação – Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento da prática delitiva – Absolvição – Descabimento – Excludente de culpabilidade não evidenciada – Embriaguez voluntária, pelo álcool ou substância de efeito análogo, que não exclui ou atenua a

responsabilidade penal do agente – Pena motivadamente dosada, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime – Sentença mantida – Recurso desprovido” (Apelação Criminal nº 0019257-76.2015.8.26.0554, Rel. Des. Claudia Lucia Fonseca Fanucchi, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. em 01/08/2017) Grifei.

“APELAÇÃO – Roubo majorado pelo emprego de arma – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – Descabimento – Materialidade delitiva e autoria devidamente comprovadas pelas provas oral e pericial – Ausência de indícios de que o agente era inimputável pela dependência química – Incidente de dependência toxicológica não pleiteado pela defesa – Ainda assim, eventual embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade penal – Dificuldades financeiras que, por si só, não caracterizam a pretendida excludente de antijuridicidade – Condenação mantida – REPRIMENDA – Atenuante da confissão espontânea que não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal – Inteligência da Súmula 231 do STJ – Regime fechado adequado ao caso concreto – Recurso não provido” (Apelação Criminal nº 0005497-54.2014.8.26.0438, Rel. Des. Camilo Léllis, 4ª Câmara de Direito Criminal, j. em 19/04/2016) Grifei.

“Apelação – Roubo triplamente majorado tentado – Concurso de agentes, emprego de arma e restrição da liberdade – Condenações – Manutenção – Prisão em flagrante ainda na residência das vítimas – Confissão judicial de dois réus – Negativa do corréu isolada – Reconhecimentos pessoais;

depoimentos das vítimas – Excludente de culpabilidade não demonstrada – Embriaguez voluntária que não tem o condão de afastar a imposição da pena – Dosimetria da pena – Reincidência de Carlos comprovada – Acréscimo em 1/3 que se mostrou excessivo – Exasperação em 1/6 – Pena recalculada – Acréscimo em 5/12 em razão das causas de aumento bem justificado – Redução em um terço relativa à tentativa – O regime prisional fechado é o único compatível com a hipótese dos autos – Nego provimento aos recursos de apelação dos réus José Ailton da Silva Junior e André Luis Barbosa da Silva e dou parcial provimento ao recurso de Carlos da Silva para reduzir a sua pena para 04 anos, 04 meses e 26 dias de reclusão, e pagamento do valor correspondente a 10 dias-multa em seu mínimo unitário” (Apelação Criminal nº 0005443-41.2011.8.26.0229, Rel. Des. Cesar Augusto Andrade de Castro, 4ª Câmara Criminal Extraordinária, j. em 25/09/2014) Grifei.

Ademais, vale destacar que a ingestão de bebida alcoólica, diga-se, na noite anterior à agressão, não se confunde com a falta de consciência capaz de levar à atipicidade da conduta ou com a incapacidade de compreender o caráter ilícito do fato, que levaria à inimputabilidade ou semimputabilidade do agente. Tal alegação dependeria de laudo médico-psicológico, produzido sob o crivo do contraditório, para ter o condão de comprovar a incompleta ou parcial capacidade do réu em entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, a justificar eventual aplicação de medida de segurança ou redução da reprimenda. Observe-se que a vítima relatou que seu marido chegou em casa embriagado, dormiu e a

agrediu na manhã seguinte, após despertarem, não sendo crível que se encontrasse em estado de embriaguez completa, quando da agressão. Presente, pois, o elemento subjetivo previsto no tipo penal, restando evidente o dolo da conduta imputada ao agente.

Em suma, é de se ter por confirmada a imputação descrita na denúncia, sem a demonstração efetiva de qualquer excludente de ilicitude, cuja prova seria ônus defensivo.

Outrossim, ainda que existisse alegação da defesa que se contrapusesse à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbiria a demonstração do alegado, a teor do disposto no artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, os ensinamentos de FRAMARINO DE MALATESTA, o qual afirma que “o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, do acusador e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado” (A Lógica das Provas em Matéria Criminal, Campinas: Conan 1995 v. I p. 145-146).

Por sua vez, GUSTAVO BADARÓ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”* (Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Editora RT 2003 p. 173).

Portanto, mostrava-se mesmo de rigor a condenação do acusado pelo crime previsto no artigo 129, § 9º, do Código Penal, passando-se à dosimetria da pena.

Na primeira fase, fixa-se a pena em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, ou seja, em 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em razão da existência de maus antecedentes criminais, ostentando o acusado condenação definitiva nos autos nº 0007464-38.2015.8.26.0297 (fls. 173/179).

Não é demais lembrar que não há, no ordenamento jurídico pátrio, lei que estabeleça percentuais específicos para sua fixação, de modo que a dosimetria da pena fica a critério subjetivo do Juiz, cabendo a ele observar as circunstâncias específicas do caso, as diretrizes previstas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal.

Na segunda fase da dosagem, diante da incidência da circunstância agravante da reincidência, tendo em vista ostentar o acusado condenação definitiva nos autos nº

000630-87.2013.8.26.0297 (cf. fls. 151/154), aplica-se nova exasperação de 1/6, obtendo-se a reprimenda de **04 (quatro) meses e 02 (dois) dias de detenção**, a qual resta como definitiva diante da inexistência de causas especiais de aumento e diminuição da pena, a serem consideradas na terceira fase da dosimetria.

Por sua vez, para a fixação do regime de cumprimento de pena, deve o Magistrado, verificando a quantidade da pena, observar o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, e sopesar os critérios previstos no artigo 59, do referido Diploma Legal, para estabelecer o regime penitenciário.

Neste prisma, embora pelo montante da pena fixado, o artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal, preveja o regime inicial aberto, verifica-se que o réu é reincidente (fls. 173/179), impondo-se, pelo mesmo comando legal, o próximo regime penitenciário de maior rigor, qual seja, o **semiaberto**.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos em razão da reincidência do acusado, conforme vedação imposta no artigo 44, II, do Código Penal, sendo ainda vedada a substituição em razão da natureza da violência empregada, segundo a orientação contida na Súmula 588, do Superior Tribunal de Justiça:

“A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.”

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo **M.P. do E. de S.P.**, para o fim de declarar o acusado **L. H. de S.** como incurso no artigo 129, § 9º, do Código Penal, condenando-o ao cumprimento da pena de **04 (quatro) meses e 02 (dois) dias de detenção**, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

Após o trânsito em julgado, determina-se a análise sobre a ocorrência do instituto da prescrição da pretensão punitiva, diante do lapso temporal existente entre a data do recebimento da denúncia (fls. 53) e a data da publicação da presente decisão.

FATIMA GOMES

Relatora