



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

APELAÇÃO CRIME. JÚRI. JUNTADA DE MÍDIA AO APELO DEFENSIVO, QUE PEDE A NULIDADE DO JULGAMENTO. CONTEÚDO QUE REVELA A GRAVAÇÃO DA SUSTENTAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA EM DEBATE, REALIZADA PELA DEFESA SEM CONHECIMENTO DOS DEMAIS SUJEITOS PROCESSUAIS. PREFACIAL, EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS, DE INVALIDADE DA PROVA. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO. DESACOLHIMENTO. Omissis o CPP, aplica-se subsidiariamente o CPC que, no art. 367, §§ 5º e 6º, permite expressamente a gravação de audiência pelas partes, sem necessidade de autorização judicial prévia. Permissão que deve ser aplicada ao caso concreto, onde a Defesa do réu gravou a sessão plenária. Ilícitude da mídia não caracterizada, ainda que se admita um desvio ético do Defensor, do qual se esperava, pelos princípios da boa-fé e cooperação que regem todo o ordenamento, um prévio aviso ao Juízo da causa (sobre o uso que estava fazendo da prerrogativa que a Lei lhe assegura). **NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. OCORRÊNCIA. EXORTAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE EVIDENCIOU A CONSIDERAÇÃO DO SILÊNCIO DO RÉU EM SEU PREJUÍZO.** Se o Promotor de Justiça faz referência lacônica (dando margem a interpretações) sobre a opção do réu por não responder suas perguntas, e depois, quando instado pela Defesa a esclarecer se isso o incomoda, responde positivamente, apresentando um discurso em que claramente condena o uso do direito ao silêncio, tudo em frente aos jurados, resta caracterizada violação ao art. 478, II, do CPP.



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

**PREFACIAL REJEITADA. APELO DEFESIVO PROVIDO.
APELO MINISTERIAL PREJUDICADO. UNÂNIME.**

APELAÇÃO CRIME

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-
42.2019.8.21.7000)

COMARCA DE PASSO FUNDO

MINISTERIO PUBLICO

APELANTE/APELADO

DIEFERSON SILVA DOS SANTOS

APELANTE/APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em afastar a prefacial arguida nas contrarrazões recursais do Ministério Público, dar provimento ao apelo defensivo e julgar prejudicado o apelo ministerial.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES.^a ROSAURA MARQUES BORBA E DES. JONI VICTORIA SIMÕES.**

Porto Alegre, 28 de novembro de 2019.

DES. LUIZ MELLO GUIMARÃES,

RELATOR.



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

RELATÓRIO

DES. LUIZ MELLO GUIMARÃES (RELATOR)

O Ministério Público ofereceu denúncia contra DIÉFERSON SILVA DOS SANTOS, já qualificado, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, do CP.

Narrou a denúncia que:

Na madrugada do dia 15 de outubro de 2017, na BR 285, Km 294, nesta cidade, o denunciado, DIÉFERSON SILVA DOS SANTOS, matou Jonas Luis da Silva mediante disparos de arma de fogo (não apreendida) que atingiram a cabeça da vítima e causaram-lhe traumatismo crânio-encefálico ("ut" laudo de necropsia da folha 69).

Na oportunidade, o denunciado dirigiu-se à boate "The Best" e lá visualizou a vítima, que havia feito investidas amorosas a sua namorada. Em razão disso, com o objetivo de matar o ofendido, o denunciado armou-se, procurou-o na boate, passou a conversar amistosamente e, simulando não nutrir qualquer rancor, combinou de irem ao local conhecido como Sul Car, localizado na BR 285. Com a concordância do ofendido, ambos foram até o estacionamento em que este tinha deixado o automóvel de seu padrasto e, nesse veículo, rumaram àquele lugar. Durante o trajeto, o denunciado, visualizando local adequado para levar seu intento a cabo, ainda simulando atitudes amistas, pediu à vítima parar o veículo no acostamento da rodovia para urinar, o que foi



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

atendido. O denunciado desceu do veículo e, após urinar, sem que a vítima percebesse ou pudesse esboçar reação, sacou a arma de fogo e disparou-lhe na cabeça. Depois disso, o denunciado retirou o ofendido do automóvel, desferiu-lhe outros disparos de arma de fogo e, certificando-se da morte, tirou sua calça e deixou-o deitado no local. O denunciado, ainda, empurrou o automóvel para fora da rodovia e fugiu. O crime foi cometido por motivo fútil, porquanto o denunciado matou a vítima por ciúme das investidas amorosas dela a sua namorada.

Outrossim, o delito foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido. O denunciado conversou amistosamente com a vítima, simulando desejar a companhia dela para sair da boate e ir a outro local, já a pretendendo matar. Ademais, posteriormente, o denunciado saiu do carro, fingiu desejar urinar e, sem que a vítima percebesse ou pudesse esboçar reação, sacou a arma de fogo e disparou-lhe na cabeça.

A denúncia foi recebida e, após regular instrução, sobreveio sentença pronunciando o réu nos termos do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, o que foi confirmado em julgamento de RSE defensivo por esta Câmara Criminal.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o réu restou condenado nas sanções do art. 121, § 2º, II do CP, sendo-lhe aplicada a pena de 17 (dezesete) anos de reclusão em regime inicial fechado.



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Inconformados, apelaram Defesa e Ministério Público, a primeira com base em todas as alíneas do inciso III do art. 593 do CPP, e o segundo com fulcro na alínea c do mesmo dispositivo.

Nas razões, o órgão ministerial sustentou erro na aplicação da pena, pois não é cabível a aplicação da atenuante da confissão espontânea no caso concreto, em que o réu alegou legítima defesa. Pediu, assim, o aumento da reprimenda estabelecida na origem.

Por sua vez, a Defesa alegou que o silêncio do réu em seu interrogatório no plenário foi utilizado em seu prejuízo, considerando um discurso feito pelo Promotor de Justiça a respeito, aí restando caracterizada nulidade posterior à pronúncia. Ainda, afirmou que não restaram configuradas as qualificadoras, sendo devido o afastamento; e, por fim, salientou que não há justificativa para o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Postulou a renovação do julgamento ou o redimensionamento da pena fixada na sentença.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos.

A douta Procuradoria de Justiça lançou parecer opinando pelo parcial provimento do recurso defensivo e provimento do recurso ministerial.

É o relatório.



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

VOTOS

DES. LUIZ MELLO GUIMARÃES (RELATOR)

Inicialmente, afasto a preliminar arguida em contrarrazões recursais, que pretende o desentranhamento da mídia à fl. 376, onde está contida a gravação da sustentação do Promotor de Justiça na sessão plenária, porque não houve autorização prévia.

Isso porque, da leitura do Código de Processo Penal, é possível verificar que inexistente regra sobre a questão em liça, no sentido de proibir ou permitir que as partes, por iniciativa própria, gravem atos processuais como audiências ou sessões de julgamento.

Dessa forma, omissa a legislação de regência, aplica-se subsidiariamente o CPC que, no art. 367, §§ 5º e 6º, prevê o seguinte:

Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.

[...]

§ 5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

§ 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Como se pode ver, a gravação de audiências é uma prerrogativa das partes expressamente prevista em Lei, independentemente de prévia autorização judicial; assim, entendo que a gravação da sessão de julgamento não pode ser considerada ilícita – quanto menos “clandestina” (até porque o ato é público).

O que se pode questionar, no caso concreto, é um desvio ético do Defensor que gravou o ato, do qual se esperava, pelos princípios da boa-fé e cooperação que regem todo o ordenamento, um prévio aviso (mera comunicação) ao Juízo da causa, sobre o uso que estava fazendo da prerrogativa que a Lei lhe assegura.

No entanto, esse desvio, em que pese reprovável, não se confunde com a validade da gravação que, como já dito, é permitida por lei.

A seu turno, a alegação de que houve “surpresa” à parte contrária, que só tomou conhecimento da gravação quando intimada a apresentar contrarrazões, a mim soa despropositada, uma vez que o Promotor de Justiça obviamente não pode ser surpreendido por algo que retrata sua própria fala. E, não bastasse, o processo relacionado à gravação não corre em segredo de justiça, sendo assegurada a publicidade do ato gravado, ao passo que a autenticidade do conteúdo da mídia sequer está sendo questionado.

Ainda, o direito ao contraditório, no sentido de se manifestar sobre o teor da gravação, ficou garantido com a intimação para apresentar contrarrazões recursais, e foi exercido em sua plenitude.



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Por outro lado, não há de se falar em irregularidade da mídia por apresentar uma gravação “parcial”. O fato de o Defensor ter juntado apenas a parte da gravação que retrata a fala do Promotor de Justiça (o que não significa, diga-se, que não tenha gravado o restante julgamento) se justifica porque é só nessa parte que sustenta ter havido irregularidade, sendo até desnecessário anexar um áudio de horas e horas para sustentar o seu ponto.

Com efeito, só se poderia cogitar a invalidade da gravação “parcial” se o órgão acusador alegasse, ou a ata da sessão sugerisse, que em algum outro momento do julgamento, não gravado (ou com gravação não apresentada), a nulidade arguida teria sido sanada. Como não é o caso, não vejo motivo para a irrisignação com a juntada da parte que interessa à análise trazida no recurso defensivo.

E, quanto ao fato de não ter sido juntada pela Defesa a gravação do interrogatório do réu em plenário, a inconformidade é descabida por dois motivos: primeiro, porque já está nos autos à fl. 255, considerando ser tal gravação obrigatória por lei; e, segundo, porque não há divergência entre as partes no ponto em questão, considerando que a Defesa não nega – nem teria como fazê-lo – que o réu silenciou apenas nos questionamentos da acusação, seguindo sua orientação.

Enfim, o fato é que a gravação efetuada era um direito de ambas as partes que, no caso, foi exercido pela Defesa, respaldada em previsão legal; então, ainda que se possa cogitar, como antes dito, um desvio ético (por ausência de prévia



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

comunicação ao Juízo), nenhuma ilicitude pode ser reconhecida, que nulifique a gravação referida, dada a dispensabilidade de prévia autorização judicial.

Consequentemente, ultrapassada a questão prefacial, passo a analisar a inconformidade recursal defensiva, que adianto estar acolhendo no tocante à alínea *a* do inciso III do art. 593 do CPP.

Com efeito, ao proceder na leitura da ata de julgamento, verifica-se ter sido consignado que *"Faltando 43 minutos para o fim da fala da acusação, a defesa faz a presente consignação de nulidade por violação ao artigo 478, inciso II, do CPP, no momento em que o Promotor ao referir que o acusado teria ficado em silêncio para as perguntas da acusação, tendo a defesa perguntado se o acusador se incomodava com isso, momento em que respondeu que sim, que representa a sociedade e tinha interesse em esclarecer a verdade dos fatos, o que foi obstado pela orientação da defesa em não responder as perguntas da acusação. [...]"*

E, em análise de referida consignação, feita a pedido da Defesa, o Magistrado decidiu que *"Não há que se falar em nulidade, porquanto o agente ministerial cotejava o interrogatório policial com o realizado em plenário, referindo, apenas, que a defesa orientou o acusado a não responder as perguntas da acusação".* Ainda, entendeu que *"a interpelação defensiva ao agente ministerial, sobre incomodo a respeito da orientação defensiva, visou, claramente, provocar nulidade do julgamento e não a lisura do ato. Ademais, em nenhum momento o acusador referiu que o silêncio do acusado deveria ser interpretado contra ele."*



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Ocorre que, ouvindo a mídia juntada pela Defesa, onde consta a integralidade do discurso ministerial, o que se pode perceber é que o órgão acusador estava no início de sua sustentação (a introdução com saudações, afinal, durou mais de 35 minutos) quando, após explicar aos jurados que o réu confessara o crime na fase persecutória e que a versão por ele alegada no interrogatório em plenário era diversa, pois tecnicamente constituiria uma legítima defesa, precisamente aos 47 minutos e 12 segundos, complementou tal explicação dizendo, com uma entonação enfática, "*Claro, nas perguntas, só as perguntas... Só as perguntas da Defesa, pois as do Ministério Público ele não quis responder, por orientação da Defesa ele não respondeu*".

Foi diante dessa última afirmação que o Defensor apartou, questionando, a partir dos 47 minutos e 28 segundos, "*Doutor... ãh, esse ponto, ãh, de ele não ter respondido às perguntas, o sr. se incomoda com isso?*"

Desse modo, diferente do que entendeu o nobre Juízo de origem, a mim não se afigura evidente que a interpelação defensiva tenha sido, necessariamente, uma provocação tendenciosa visando a causar a nulidade do julgamento; em minha interpretação, é possível que a finalidade do aparte fosse induzir o agente acusador a admitir e explicar aos jurados que o silêncio do réu, ao qual fizera uma referência lacônica (e, portanto, sujeita a interpretações), era um direito dele, que não poderia prejudicá-lo.

De qualquer maneira, ainda que se pudesse considerar capcioso o aparte, tal não implicaria na conclusão de que foi a causa (seria, no máximo, a origem) da



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

manifestação posterior do Promotor de Justiça, que respondeu ao questionamento de forma livre e consciente.

Isso porque, diante do aparte defensivo, poderia o agente acusador se limitar a responder, simplesmente, que a orientação ao silêncio do réu o incomodava mas era um direito dele (como de fato é), e aí nenhuma irregularidade haveria. Porém, o que respondeu foi, *ipsis literis*.

Mas é claro que eu me incomodo, mas é claro que eu me incomodo... Eu sou a sociedade, eu represento a sociedade aqui no plenário. Quando eu acuso aqui no plenário eu estou defendendo a sociedade; e eu como sociedade e o jurado que representa a sociedade, da qual eu sou o defensor (eu estou na defesa da vida e da sociedade, e a Defesa tá na defesa do réu)... pois na defesa da sociedade eu quero saber, eu quero esclarecer a verdade, eu quero saber sobre o fato e suas circunstâncias... Mas aí, por orientação jurídica da Defesa, ela não deixa que o Ministério Público esclareça! Tá bem, tá bem, é opção... é opção da Defesa; nada a opor.

Ou seja, o Promotor disse que o silêncio do réu lhe gerava incômodo porque ele estava ali na defesa da vida e da sociedade (com isso, obviamente, dizendo que o silêncio do réu afrontava tal interesse); e, não bastasse, expressamente afirmou que o referido silêncio obedeceu a orientação do Defensor e prejudicava o esclarecimento do fato – aí não apenas desrespeitando a prerrogativa do acusado como,



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

igualmente, afirmando que a orientação técnica de fazer uso de tal prerrogativa tinha a intenção de impedir o esclarecimento do fato.

E, vale dizer, a irregularidade da exortação parece ter sido admitida pelo próprio agente acusador logo em seguida, pois ao ouvir o pedido de consignação em ata feito pelo Defensor respondeu (a partir dos 48m25s) "*Ah não... É, é assim: joga a isca para morder e ele botar na ata*".

Enfim, ao contrário do entendido pelo Juízo de origem, me parece mais que evidente que a fala do Promotor de Justiça foi no sentido de que o silêncio devia ser, sim, interpretado em desfavor do réu.

Ou, em outras palavras, não concordo que o órgão acusador disse apenas "*que a defesa orientou o acusado a não responder as perguntas da acusação*"; ao ser questionado sobre sua menção ao silêncio do réu perante suas perguntas, disse expressamente que esse silêncio atrapalhava e frustrava quem tinha interesse em defender a vida, a sociedade e esclarecer um crime.

Nesse passo, indubitável a afronta ao art. 478, II, do CPP; e, havendo protesto oportuno, bem como arguição em sede recursal, o reconhecimento da nulidade se torna inevitável.

Daí por que estou provendo o apelo para determinar a renovação do julgamento.



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

De outra sorte, a prisão preventiva do réu por ora vai mantida, pois a nulidade é de cunho meramente processual e persistem os fundamentos ensejadores da medida, estando o feito em um trâmite regular desde a prolação da pronúncia, sem excesso de prazo a ser reconhecido.

Com efeito, espera-se que o novo julgamento seja designado com a devida brevidade, pelo que não se pode cogitar, de modo adiantado, a irrazoabilidade do prazo decorrido – algo que só poderá ser revisto em eventual interposição de recurso ministerial contra a presente decisão, ou em inobservância, na origem, da prioridade de pauta do feito em tela.

Ante o exposto, AFASTO a prefacial arguida em contrarrazões recursais dos Ministério Público, DOU PROVIMENTO ao apelo defensivo para anular o julgamento, com fundamento na alínea *a* do inciso III do art. 593 do CPP, e julgo PREJUDICADO o apelo ministerial.

DES.^a ROSAURA MARQUES BORBA (REVISORA)

Acompanho o voto do e. Relator, pois, dadas as peculiaridades do caso, onde a acusação relaciona o silêncio do réu, não apenas ao exercício do seu direito de permanecer calado, mas com assunção de ofensa ao trabalho desenvolvido pelo *Parquet* em plenário, que atuava em defesa da vida e da sociedade (em evidente argumento de



LMG

Nº 70082957390 (Nº CNJ: 0267648-42.2019.8.21.7000)

2019/Crime

autoridade, portanto), configurada está a nulidade arguida pela defesa com base no art.

593, inciso III, 'a', do CPP.

DES. JONI VICTORIA SIMÕES - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ - Presidente - Apelação Crime nº 70082957390, Comarca de Passo Fundo: "AFASTARAM A PREFACIAL ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DERAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E JULGARAM PREJUDICADO O APELO MINISTERIAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ALAN PEIXOTO DE OLIVEIRA