

APELAÇÃO CRIME. USO DE ALGEMAS EM AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF.

Consoante o disposto na Súmula Vinculante nº 11, o uso de algemas pelo réu em audiência exige concreta e explícita fundamentação em uma das hipóteses presentes na súmula, isto é, deve ser apontado em que consiste a resistência indevida da pessoa, o receio de fuga ou o perigo à integridade física das pessoas presentes ao ato. Uma vez necessária a manutenção do réu algemado durante a audiência, torna-se imperativa a fundamentação por escrito para tal medida de exceção, não bastando para tanto a mera alegação genérica de que o réu é *perigoso* - qualidade ínsita de quem se encontra custodiado. Assim, inexistindo justificativa no termo de audiência – documento comprobatório das intercorrências havidas na solenidade – para a manutenção das algemas, o ato realizado resta eivado de nulidade.

**PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA.
MÉRITO PREJUDICADO.**

APELAÇÃO CRIME

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº XXXXXXXXXXXXXXXX

COMARCA DE TAQUARI

J.H.B.

APELANTE

..

M.P.

APELADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em acolher as preliminares defensivas, para anular o processo desde o interrogatório do acusado, inclusive, além de determinar, desde já, que o juízo de origem instaure o vindicado incidente de insanidade mental do réu, nos exatos termos dos artigos 149 e seguintes do CPP, com a reabertura do prazo para alegações finais, prejudicando o exame do mérito recursal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (PRESIDENTE E REVISOR) E DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON.**

Porto Alegre, 05 de junho de 2013.

DES. FRANCESCO CONTI,
Relator.

RELATÓRIO

DES. FRANCESCO CONTI (RELATOR)

O Ministério Público ofereceu denúncia contra J. H. B., com 21 anos de idade à época do fato, dando-o como incurso nas sanções do art. 217-A do CP, pela prática do seguinte fato delituoso:

“No dia 06 de outubro de 2012, por volta das 17h35min, no Distrito Júlio de Castilhos, na zona rural, em Taquari, RS, o denunciado J. H. B., na qualidade de tio e, portanto, abusando das relações familiares, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com M. E. R. S., criança com 09 anos de idade à época do fato (certidão de nascimento da fl. 4), pessoa vulnerável.

Na oportunidade, o denunciado, aproveitando-se da relação familiar mantida com a vítima, sua sobrinha, levou a menor até um mato próximo à residência da família, quando passou a praticar com ela diversos atos libidinosos, introduzindo seus dedos e esfregando seu pênis na genitália da vítima e, concomitantemente, masturbando seu próprio órgão genital, situação esta que foi flagrada por um vizinho.

A vítima já havia sido abusada, em data pretérita, pelo denunciado, fato investigado no IP nº 904/2009”.

A denúncia foi recebida em 01/11/12 (fl. 83).

Após regular trâmite processual, sobreveio decisão condenatória, traduzida na sentença de fls. 148/157, proferida em 07/02/13, sendo o réu condenado nas sanções do artigo 217-A do CP à pena privativa de liberdade de oito anos de reclusão, em regime fechado.

Não lhe foi concedido o direito de apelar em liberdade.

Em julgamento dos embargos de declaração opostos contra a sentença condenatória, estes foram acolhidos para sanar a omissão apontada¹, mas indeferindo o pleito de detração em sentença do tempo de prisão cautelar, mantendo o regime fechado para cumprimento de pena, por se tratar de crime hediondo (fls. 172/173v).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação (fl. 174).

Em suas razões (fls. 185/194v), a defesa sustentou preliminar de nulidade do interrogatório efetuado em razão do uso de algemas pelo réu, o que contraria a Súmula Vinculante nº 11 do STF. Outra preliminar suscitada diz respeito à nulidade do processo desde as fls. 130/132, momento em que ocorreu cerceamento de defesa pela negativa do magistrado em instaurar o incidente de insanidade mental do acusado.

No mérito, discorrendo sobre a prova dos autos, alegou insuficiência probatória, questionando a validade do depoimento da vítima, uma criança com problemas mentais. Destacou a defesa que há dúvidas quanto ao ocorrido, o que impede um juízo condenatório.

Por fim, na forma dos artigos 1º da Lei 12.736/12 e 387, §2º, do CPP, postulou a detração do tempo em que esteve o réu preso cautelarmente, com reflexos no regime inicial de cumprimento de pena, pleiteando o semiaberto. Lembrou, por outro lado, a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 (HC 111840/ES).

Em contrarrazões, o Ministério Público requereu o improvimento do recurso (fls. 197/202).

Manifestou-se a Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 213/222).

É o relatório.

VOTOS

DES. FRANCESCO CONTI (RELATOR)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

¹ Ausência de manifestação judicial quanto ao art. 387, §2º, do CPP.

Início o presente voto pela primeira preliminar suscitada pela defesa, que diz respeito à nulidade do interrogatório por ter sido mantido o acusado algemado.

Pois bem. Entendo que o disposto na Súmula Vinculante nº 11² – que cuida do uso de algemas em situações excepcionais - trata de ilegalidade e, como tal, a sua inobservância impõe a nulidade do ato.

No caso em tela, não consta nenhum registro na ata de audiência – documento comprobatório de todas as intercorrências havidas na solenidade – a demonstrar que efetivamente houve o uso de algemas pelo réu (fls. 123 e 126), o que levaria à presunção de que ele estaria sem algemas. Todavia, como na sentença a togada da origem expressamente admitiu o uso de algemas pelo réu em seu interrogatório, pressupõe-se que efetivamente o fato ocorreu.

Nos termos da Súmula Vinculante nº 11 deveria ter sido registrado no termo de audiência a efetiva fundamentação judicial para a manutenção do réu algemado durante o seu interrogatório, não apenas a apresentação de justificativa posterior ao ato, isto é, quando da sentença.

Outrossim, realço que a justificativa a ser apresentada deve explicitar concretamente em que ponto da súmula vinculante está amparado o uso de algemas pelo réu durante a audiência, isto é, apontando em que consiste a resistência indevida da pessoa, o receio de fuga ou o perigo à integridade física das pessoas presentes ao ato. E tais fundamentos devem ser devidamente registrados no termo da audiência - documento comprobatório das intercorrências havidas na solenidade – sob pena de o realizado nesta eivar-se de nulidade.

Com efeito, no caso em tela, não há no termo de audiência nenhuma referência ao porquê de ter sido mantido o réu algemado durante o seu interrogatório, em gritante afronta ao teor da Súmula Vinculante nº 11, lembrando-se que esta expressamente prevê a justificção da exceção por

² 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.

escrito, não bastando para tanto a mera alegação genérica de que o réu é perigoso - qualidade ínsita de quem se encontra custodiado.

De mais a mais, não pode ser olvidado o disposto no art. 93, IX, da CF, no sentido de que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Ora, se na espécie optou-se pela manutenção do réu algemado durante a audiência na qual foi interrogado, quebrando-se a regra, imperativa era a fundamentação para tal escolha. Inexistindo fundamentos, nulo é o ato.

Desta forma, em não tendo havido no caso concreto nenhuma fundamentação, ou seja, não foi consignada qualquer justificativa à manutenção do réu algemado durante o seu interrogatório, nulo é o ato realizado, em estrita observância ao disposto na Súmula Vinculante nº 11.

Realço que a razão de ser da Súmula Vinculante nº 11 é frear o uso desarrazoado das algemas, evitando que as autoridades se valham desse instrumento de forma rotineira, em prejuízo dos acusados. Trata-se, no sentir deste magistrado, de um meio eficaz de segurança a ser utilizado somente na excepcionalidade, isto é, quando houver elementos concretos a demonstrarem a sua necessidade.

Assim, **acolho** a primeira preliminar, anulando o feito desde o interrogatório, inclusive, devendo outro ser realizado consoante os ditames da Súmula Vinculante nº 11.

No que pertine à segunda prefacial – cerceamento de defesa por indeferimento de instauração de incidente de insanidade mental – a mesma sorte assiste à defesa.

Tenho que os argumentos defensivos – quanto aos quais não houve oposição ministerial, destaco -, no sentido de que o acusado, apesar de ser *“coerente e articulado”* pode ser pedófilo, na medida em que estes *“se mostram pessoas aparentemente normais, que podem se casar, ter filho”*, comprometendo sua capacidade de autodeterminação, geram a dúvida exigida para a instauração do incidente de insanidade mental.

Assim dispõe o artigo 149 do CPP:

Art. 149. Quando houver **dúvida** sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. (Grifei).

Nessa levada, repito, o juízo não precisa ter certeza da insanidade mental do réu (o que, por lógica, tornaria dispensável o exame); basta a dúvida, a qual se mostra presente a partir dos argumentos defensivos.

Ademais, no caso em tela, reitero que há a manifestação do Ministério Público na audiência em que requerida a instauração do referido incidente no sentido de acolhimento do pleito defensivo, esvaziando, portanto, a controvérsia quanto ao ponto (mídia de fl. 128).

Desta forma, por entender que o indeferimento do pedido está a cercear o direito constitucionalmente consagrado da ampla defesa, respaldado o pleito, inclusive, pela manifestação ministerial de origem no sentido de acolhimento - lembrando a responsabilidade do agente acusador na condução do processo -, **acolho** a segunda preliminar defensiva para determinar que o juízo de origem instaure o vindicado incidente de insanidade mental do réu, nos exatos termos dos artigos 149 e seguintes do CPP.

Assim, voto pelo **acolhimento** das preliminares defensivas, para anular o processo desde o interrogatório do acusado, inclusive, além de determinar, desde já, que o juízo de origem instaure o vindicado incidente de insanidade mental do réu, nos exatos termos dos artigos 149 e seguintes do CPP, com a reabertura do prazo para alegações finais, prejudicando o exame do mérito recursal.

DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. IVAN LEOMAR BRUXEL - Presidente - Apelação Crime nº XXXXXXXXXX, Comarca de Taquari: "À UNANIMIDADE, ACOLHERAM AS PRELIMINARES

DEFENSIVAS, PARA ANULAR O PROCESSO DESDE O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO, INCLUSIVE, ALÉM DE DETERMINAR, DESDE JÁ, QUE O JUÍZO DE ORIGEM INSTAURE O VINDICADO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL DO RÉU, NOS EXATOS TERMOS DOS ARTIGOS 149 E SEGUINTE DO CPP, COM A REABERTURA DO PRAZO PARA ALEGAÇÕES FINAIS, PREJUDICANDO O EXAME DO MÉRITO RECURSAL."

Julgador(a) de 1º Grau: CRISTINA MARGARETE JUNQUEIRA