

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 8002318-30.2021.8.05.0271 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. APELANTE CONDENADO NO ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 61, II, f, E ART. 226, II (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI nº. 13.718/2018), TODOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, A UMA REPRIMENDA DE 16 (DEZESSEIS) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL FECHADO. PRETENSÕES RECURSAIS: 1) PRELIMINAR DE ATIPICIDADE PROCESSUAL. NULIDADE DA OITIVA DA VÍTIMA POR NÃO TER SIDO OBSERVADA A NORMA LEGAL ATINENTE AO DEPOIMENTO ESPECIAL. AFASTADA. MECANISMO DE PROTEÇÃO QUE VISA PRESERVAR A INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA VÍTIMA, NÃO CABENDO A DEFESA ARGUIR NULIDADE EM FAVOR DA OFENDIDA. PREJUÍZO QUE, SE EXISTENTE, DEVERIA SER ARGUÍDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUDIÊNCIA REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA PARA EVITAR A PROLIFERAÇÃO DO NOVO CORONAVÍRUS (RESOLUÇÕES 314/20 E 329/20, AMBAS DO CJN E DECRETO Nº. 276/2020 DO TJBA). DECLARAÇÕES DA MENOR COLHIDAS NA PRESENÇA DA SUA GENITORA, DO ÓRGÃO MINISTERIAL E DA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE SUGESTIONAMENTO À FALA DA VÍTIMA. MAGISTRADA DE PRIMEIRO GRAU QUE ENVIDOU ESFORÇOS, AO DAR VOZ A MENOR, PARA CRIAR UM AMBIENTE ACOLHEDOR. ABORDAGEM DE ASSUNTOS DO SEU UNIVERSO INFANTIL REALIZADA PARA EVITAR QUE AS LEMBRANÇAS DOLOROSAS TRAZIDAS À SUA MEMÓRIA A FIZESSEM REVIVER A VIOLÊNCIA SEXUAL SOFRIDA. PRELIMINAR REJEITADA. 2) ABSOLVIÇÃO. INACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS PROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA QUE POSSUI ESPECIAL RELEVÂNCIA EM CRIMES SEXUAIS, SOBRETUDO QUANDO COERENTE E VEROSSÍMEL, ALÉM DE CONDIZENTE COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA, PRODUZIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ARCABOUÇO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A PRÁTICA DE CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DA OFENDIDA MENOR DE 04 (QUATRO) ANOS DE IDADE, PERPETRADA PELO RECORRENTE – RETIROU A ROUPA DA VÍTIMA E, DEITANDO-SE SOBRE ELA, PASSOU A MÃO EM SUA VAGINA, ACARICIANDO O SEU CORPO. CONDENAÇÃO MANTIDA. 3) DOSIMETRIA. 3.1) EXCLUSÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, f, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. CONJUNTO PROBATÓRIO CONTEXTUALIZADO NOS AUTOS QUE DEMONSTRA QUE O RECORRENTE PRATICOU O CRIME PREVALECENDO-SE DE RELAÇÃO DE HOSPITALIDADE EM FACE DA MENOR, QUE, COSTUMEIRAMENTE, DORMIA EM SUA RESIDÊNCIA. 3.2) AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 226, II, DO CODEX PENAL. DESCABIMENTO. A AUSÊNCIA DE CONSAGUINIDADE (COMPANHEIRO DA TIA DA VÍTIMA), NÃO AFASTA A MAJORANTE, UMA VEZ QUE OS ELEMENTOS PROBATÓRIOS VERTIDOS NOS AUTOS SÃO FIRMES NO SENTIDO DE QUE A GENITORA DA MENOR A CONFIAVA AOS CUIDADOS DO RECORRENTE E DA SUA COMPANHEIRA (TIA DA VÍTIMA), JUSTAMENTE EM RAZÃO DA SUA CONDIÇÃO SEMELHANTE AO DE PARENTE POR CONSANGUINIDADE, COMO RECONHECEU, INCLUSIVE, O SENTENCIADO EM JUÍZO. 3.3) APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 63, III, b, DO CPB. IMPOSSIBILIDADE. DEFESA QUE NÃO SE DESINCUMBIU EM DEMONSTRAR QUE, POR LIVRE E ESPONTÂNEAS VONTADE DO RECORRENTE, AS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME FORAM EVITADAS OU MINORADAS, BEM COMO REPARADO O DANO ANTES DO JULGAMENTO. DANOS EMOCIONAIS IRREPARÁVEIS. 3.4) REDUÇÃO DA PENA-BASE. ACOLHIMENTO PARCIAL. MANUTENÇÃO DA DESFAVORABILIDADE DAS VETORIAIS CONSIDERADAS NEGATIVAS (CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). INCIDÊNCIA DE CRITÉRIO DOSIMÉTRICO MAIS PROPORCIONAL. BASILAR FIXADA EM 08 (OITO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO. INALTERADA A COMPENSAÇÃO REALIZADA ENTRE A AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, f, DO CPB COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, RECONHECIDA NA SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 226, II, DO CPB ( $\frac{1}{2}$ ). PENA DEFINITVA FIXADA EM 13 (TREZE) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA NO REGIME INICIAL

FECHADO. 3.5) DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INACOLHIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE MEDIDAS MENOS GRAVOSAS ADEQUADAS PARA A PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE. APELANTE PRESO PREVENTIVAMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AMPARO LÓGICO NA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. RECURSO CONHECIDO. PRELIMINAR REJEITADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes Autos de APELAÇÃO CRIMINAL sob nº 8002318-30.2021.8.05.0271, em que figura como Apelante e Apelado o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam, à unanimidade de votos, os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em rejeitar a preliminar aventada e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador RELATOR (ASSINADO ELETRONICAMENTE) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 12 de Maio de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 8002318-30.2021.8.05.0271 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por , em face de sentença condenatória proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Crime da Comarca de Valença-Ba, nos autos da ação penal em epígrafe. Narra a inicial in verbis: “(...) Compulsando os autos, verifica-se que em 30 de agosto de 2021, na ilha de Boipeba, distrito da cidade de Cairu, Zilmário aproveitou-se que a sobrinha de sua esposa, uma criança de apenas 4 anos de idade, estava dormindo em sua residência para praticar atos libidinosos com a vítima. Acontece que, no dia dos fatos, durante a noite, o investigado aproveitou que a criança estava dormindo em um dos cômodos de sua residência, entrou no local, tirou a roupa da vítima, deitou por cima dela, passou a mão na vagina e acariciou o corpo da menor, enquanto esta pedia que ele parasse, sem êxito. No dia seguinte a criança contou a sua genitora acerca da conduta delituosa de e pediu a mãe que não a deixasse mais na casa da tia (com medo de que o ato se repetisse). Diante a situação, a genitora foi até Polícia e registrou boletim de ocorrência. Em diligência continua, a guarnição localizou o indiciado, o qual confessou a prática do crime. (...)” (sic). Por tais fatos, restou o Apelante denunciado nos termos do art. 217-A do Código Penal Brasileiro, tendo o juízo primevo recebido a Denúncia em 23 de setembro de 2021 (Id nº. 24557831). Ultimada a instrução criminal, o Apelante foi condenado pela prática do crime previsto no art. 217-A, caput, c/c art. 61, II, f, e art. 226, II (com redação dada pela Lei nº. 13.718/2018), todos do Código Penal Brasileiro. Sua pena fora fixada em 16 (dezesesseis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado. A sentença foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico no dia 23 de novembro de 2021 (Evento nº. 24557990). Inconformada, a Defesa interpôs o presente recurso (Evento nº. 24557994 e Evento nº. 24558023), arguindo a existência de atipicidade processual, ao argumento de que o depoimento da vítima não foi colhido em observância aos “preceitos legais para a sua realização” (sic). No mérito, a absolvição do Apelante por insuficiência de provas. Alternativamente, a redução da pena-base; o reconhecimento das atenuantes previstas no art. 65, III, b e c e o afastamento “das causas de aumento previstas nos arts. 61, II, c e f e 226, II, todos do Código Penal” (sic); a concessão do direito de apelar em liberdade e/ou a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Prequestiona “os princípios Constitucionais do

contraditório, da ampla defesa, da não culpabilidade" (sic), argumentando, ainda, nesse ponto, que "a sentença fere também Leis federais" (sic). Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo desprovimento do recurso (Id nº. 24558036). A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento do Apelo (Evento nº. 26176970). É o relatório. Passa-se ao voto. Salvador/BA, 20 de abril de 2022. Des. Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 8002318-30.2021.8.05.0271 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA VOTO Presentes os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame do recurso. 1 – Existência de atipicidade processual. Inobservância, na oitiva da menor, das regras legais atinentes à espécie. Como cediço, a Lei nº. 13.431/2017 regulamenta o procedimento de oitiva da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência, no âmbito extrajudicial e judicial, determinando que este seja colhido em ambiente diferenciado e por profissional especializado, em atenção à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, a fim de se evitar o denominado dano secundário, causado pelo relato do abuso sexual, repetidamente, perante as autoridades competentes – revivescência do ato traumático. Esse mecanismo de proteção visa preservar, portanto, a sua integridade física e psíquica e justamente por essa razão, a violação, em tese, a citada norma legal não é exceção oponível pela Defesa, não cabendo, assim, ao Recorrente arguir nulidade em favor da vítima, consoante já decidiu, inclusive, o Tribunal da Cidadania: "(...) 1. O Conselho Nacional de Justiça, considerando o disposto no art. 227 da Constituição Federal, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a necessidade de viabilizar maior confiabilidade na produção de provas testemunhais, na busca da verdade e na responsabilização penal de agressores, editou a Recomendação n. 33/2010, no intuito de recomendar aos Tribunais a adoção de providências para implementar procedimentos de colheita especial de prova oral, evitando-se, notadamente em casos como o presente, a revitimação do ofendido, ocorrida em decorrência de sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, seja na fase investigatória seja na processual. 2. Os mecanismos de "Escuta Especializada" estão colocados à disposição e discricionariedade das vítimas e testemunhas de violência para o seu devido resguardo, não sendo plausível o reconhecimento de suposta nulidade em virtude da sua não realização, quando a vítima ou testemunha efetivamente deseja depor perante o Juízo, como ocorreu na espécie, não se podendo retirar a validade das declarações colhidas perante o magistrado, mormente quando respeitados o contraditório e a ampla defesa. 3. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, a inquirição especial a que alude a Recomendação n. 33/CNJ constitui "medida de proteção que deve ser utilizada, exclusivamente, em benefício da vítima, não sendo razoável admitir – diferentemente daquilo que pretende aqui a Defesa – que a ausência de tal procedimento seja tomada em seu desfavor". 4. Na hipótese, nenhum benefício à defesa adviria da realização de entrevista do paciente com a psicóloga designada pelo Juízo, haja vista que, como ressaltado pela profissional, "a entrevista [teria o objetivo] de ouvi-lo a respeito do suposto ocorrido e não uma função psicodiagnóstica", de maneira que, consoante consignou o Tribunal de origem, nada mais poderia ser obtido além do que se obteve com a instrução, notadamente o interrogatório do paciente e a "longa e detalhada prova oral defensiva". 5. O princípio do pas de nullité sans grief exige,

em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, o que não ocorreu na espécie. 6. Habeas corpus denegado. (HC 422.635/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 12/03/2019) (grifos acrescidos). No contexto da sua insurgência, alega, ainda, a Defesa que a Magistrada de primeiro grau “induziu” (sic) o depoimento da menor, sendo imperioso deixar assente alguns pontos. O cenário mundial grave e preocupante, no qual a saúde e o bem estar de todos os cidadãos estavam postos, requereu não só dos cidadãos, mas dos órgãos públicos em todas as esferas, a adoção de medidas necessárias para evitar a proliferação desenfreada do novo coronavírus nas suas dependências. No âmbito do Poder Judiciário, portanto, não foi diferente, tendo sido determinada a adoção de providências e, ainda, a suspensão dos atos presenciais (Resoluções nº. 314/20 e nº. 329/20, ambas do CNJ, e Decreto nº. 276/2020, do TJBA), regulamentando, como advertiu a douta sentenciante, o trabalho remoto dos magistrados e disciplinando a prática de atos processuais por meio de videoconferência. In casu, diante dessa situação excepcional, considerando a privação de liberdade do Apelante (prisão preventiva) e a necessidade de impulsionamento do feito, a nobre Magistrada de primeiro grau colheu as declarações da ofendida através do sistema de videoconferência, observando a presença da sua genitora, do órgão ministerial e da Defesa, consoante se infere da assentada inserta no Pje Mídias. Com razão, desse modo, o juízo de primeiro grau em considerar a situação sanitária emergencial que vinha sendo enfrentada no país, de forma resguardar a saúde de todos que estariam reunidos na audiência – direito à vida e a saúde coletiva. Sobreleve-se que o fato de a criança ter sido inquirida, sem a presença de profissional especializado, em casa e no colo da sua genitora não interferiu, como alega a Defesa, na colheita do seu depoimento, de forma que se pudesse inferir qualquer direcionamento da mãe às declarações da infante que fragilizasse o conteúdo probatório. Nota-se claramente que a menor, até pela sua tenra idade, possui baixa estatura, o que a impediria de acomodar-se em uma cadeira e posicionar-se em frente a uma tela de computador, sem que estivesse no colo de alguém e, a pessoa indicada sem dúvida é a sua mãe (segurança emocional), cuja presença no ato é assegurada, inclusive, pelo art. 100, parágrafo único, XII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ex vi: “XII – oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência. Do mesmo modo não se constata qualquer sugestionamento da douta sentenciante em relação ao réu de forma a induzir a infante a confirmar o fato. Ao contrário, se percebe, claramente, um louvável esforço da Magistrada em criar, apesar da excepcionalidade, um ambiente mais acolhedor e de confiança para a menor, abordando assuntos do seu universo infantil, não se vislumbrando nesse cenário pandêmico qual seria a melhor técnica da utilizada pelo juízo a quo para dar voz a vítima, considerando a sua idade e, conseqüentemente, o seu grau cognitivo. A nobre sentenciante, inclusive, em todo o tempo, envidou esforços no sentido de realizar questionamentos de modo a evitar que as dolorosas lembranças trazidas a memória da vítima, as quais ela sem dúvida gostaria de esquecer, a fizessem reviver a violência sexual sofrida. Não se constata, portanto, que tenham sido realizadas perguntas

sugestionáveis, mas questionamentos necessários para a elucidação dos fatos e, apropriados para a preservação da intimidade da ofendida, respeitando o grau cognitivo correspondente à sua idade; o seu momento de fala; o seu silêncio e, sobretudo, o estado emocional que se encontrava. Ademais, como cedo, as nulidades no processo penal observam o princípio pas de nullité sans grief (art. 563 do CPPB). Logo, não podem ser declaradas sem a efetiva comprovação do prejuízo, ao que não se desincumbiu a Defesa no caso ora em testilha. Nessa linha: “(...) III- Quanto à alegação de nulidade do depoimento do adolescente, a jurisprudência pacífica desta Corte adota o princípio pas de nullité sans grief, que exige a demonstração de efetivo prejuízo para a parte a fim de justificar a anulação de atos processuais, o que não ocorre na presente hipótese, porquanto não conseguiu o ora recorrente demonstrar de que maneira a oitiva do ofendido perante o Juízo teria prejudicado a defesa. (...)” (RHC 114.666/SP, Rel. Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 16/10/2019). Com esses fundamentos, rejeita-se a preliminar aventada. 2 – Absolvição. In casu, a douta Magistrada de primeiro grau proferiu o édito condenatório com âncora em elementos dos autos (probatórios e informativos) que demonstraram a certeza de que o Apelante foi autor do fato criminoso, cuja materialidade igualmente restou configurada, narrado na exordial. Com efeito, a materialidade e autoria delitiva restaram demonstradas no conjunto probatório contextualizado nos autos, não merecendo acolhimento o pedido de absolvição, conforme se demonstrará a seguir. Ab initio, cumpre esclarecer que o tipo penal ora em testilha, além da conjunção carnal, contempla também a prática de qualquer outro ato libidinoso diverso desta, com menor de quatorze anos, sendo definido por como “(...) todos aqueles que têm conotação sexual, como o sexo anal, oral, introduzir o dedo ou um objeto na vagina ou no ânus da vítima, passar as mãos no seio ou nádegas, etc.” (Direito Penal: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2014, fl. 570). Logo, para a consumação do crime descrito no art. 217-A do Código Penal, não é necessária a prática pelo agente de atos invasivos, bastando apenas que com a (o) ofendida (o) venha a praticar sexo oral, tocar em seus órgãos genitais ou ânus, ejacular sobre o corpo, beijar a sua boca, entre outros. A propósito, decidiu o Tribunal da Cidadania: “(...) 1. No caso concreto, o Tribunal a quo desclassificou a conduta do acusado, tio das vítimas, do crime do art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41 para o do art. 217-A do CP, por ter ele realizado carícias nos seios e órgão genital de uma das vítimas e nas nádegas da outra, ainda que por cima da roupa. 2. A conduta imputada ao recorrente se coaduna com a figura típica descrita no art. 217-A do Código Penal, estando a autoria e a materialidade delitiva evidenciadas nos autos. Na expressão "ato libidinoso" estão contidos todos os atos de natureza sexual, diversos da conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente. (...)”. (AgRg no AREsp 1787444/MT, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 01/06/2021) (grifos acrescidos). "PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES SEXUAIS. ALEGAÇÃO DE OBSCURIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. VÍCIO. NÃO OCORRÊNCIA. ACLARATÓRIOS REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, como se infere da redação do art. 619 do Código de Processo Penal, supõem defeitos na mensagem do julgado, em termos de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade, isolada ou cumulativamente. A mera irresignação com o resultado do julgamento, visando, assim, à reversão do que já foi regularmente decidido, não tem o condão de viabilizar a

oposição dos aclaratórios. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso" (AgRg REsp n. 1.154.806/RS, relator Ministro , Sexta Turma, DJe 21/3/2012). No caso, como delineado no acórdão, o ora agravante tocou as partes íntimas das vítimas, conduta suficiente para a caracterização dos delitos imputados. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que nos crimes de natureza sexual, os quais nem sempre deixam vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. (...) (EDcl no AgRg no AREsp 1964547/DF, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 25/03/2022). É necessário registrar também, que na escuta de uma criança em situações de violência é necessário dar-lhe voz através da incursão em seu universo infantil, respeitando a sua linguagem e, conseqüentemente, o seu desenvolvimento cognitivo. É importante deixar assente, ainda, que é comum, em situações como a presente, que uma menor de apenas 04 (quatro) anos de idade, ao descrever os fatos, o faça de forma recortada e permeada de outras narrativas que parecem não fazer sentido. Todavia, longe de sugerir que essa descrição não seja verdadeira, a mistura de fatos no relato das vítimas de tenra idade, no entendimento desse Relator, é apenas uma forma de expressar a situação de abuso sob o seu ponto de vista infantil, notadamente quando as suas declarações são corroboradas por outros elementos de prova. Pois bem. Feitas essas considerações, observa-se que a nobre Magistrada de primeiro grau, considerando que a criança não possui compromisso com a causalidade, formulou perguntas a infante de forma a permitir que, através do seu universo infantil, a sua voz fosse ouvida, atentando-se, ainda, a sua concepção de signifiante e significado acerca da sua vagina e de quem não tinha autorização para tocá-la, sendo imperioso trazer a lume os seguintes trechos da sua oitiva: Magistrada: Oi Safira, tudo bem? Nossa como você é bonita! Vítima: Tudo bem. Magistrada: Você sabia que eu também tenho uma filhinha de três anos e o nome dela é (...). Você tem quantos anos? Vítima: quatro. (...) Magistrada: Você é cachinhos, igual a minha filha (...). Você gosta dos seus cachinhos? E está indo para a escola Safira, aí em Boipeba? Já abriu ou só está fazendo atividade? Vítima: Eu vou para o Projeto. Magistrada: Ah! Você vai para o Projeto. Vítima: Ei, deixa eu falar, mas não faz atividade, só eu. Magistrada: Só você, parabéns viu. Você é uma menina aplicada então. E você gosta de lá, tem amiguinho? Vítima: Onde? Lá na escolinha? Magistrada: Lá no Projeto, tem amiguinho lá? Vítima: Tem. Tem um bocado de amiguinho, não é mãe? Magistrada: Safira, me conte uma coisa. Estou sabendo que o seu tio fez uma coisa com você, é verdade? Vítima: Fez. Magistrada: O que foi que ele fez? Vítima: Ninho. Ninho, foi o que que ele fez? Magistrada: Conte para mim. Se quiser, você quer contar para mim o que ele fez? Vítima: Ei, eu estou com preguiça de contar. Magistrada: Ah! Tá bom, tudo bem. Venha cá, mas você dormia lá na casa da sua tia? Vítima: Dormia. Magistrada: E ele ia lá na sua cama de noite? Como é essa história? Vítima: Esqueci. Sim, esqueci. Magistrada: Tá bom. É que me contaram assim que ele colocou a mão lá naquele lugar, assim rapidinho. Isso aconteceu? Vítima: Aconteceu. Magistrada: Aconteceu. Tá bom. Mas já passou não foi? Vítima: Foi. (...). Aqui, mais uma vez, impende deixar assente, ainda que possa se constituir em tautologia, que a nobre Magistrada sentenciante envidou esforços na assentada no sentido de

realizar questionamentos de modo a não permitir que as dolorosas lembranças trazidas a memória da vítima, as quais ela sem dúvida gostaria de esquecer, a fizessem reviver a violência sexual sofrida. Não se constata, assim, que tenham sido realizadas perguntas sugestionáveis, como argumenta a Defesa, mas questionamentos necessários para a elucidação dos fatos, e apropriados para a preservação da intimidade da ofendida, respeitando o grau cognitivo correspondente à sua idade; o seu momento de fala; o seu silêncio e, sobretudo, o estado emocional que se encontrava. Não se pode deixar de registrar também que o seu comportamento em juízo – a inquietação, a voz embargada, colocando a mão no rosto sempre que o assunto era o abuso, etc –, traz ínsito que o sofrimento tentou lhe silenciar, seja pela dor ou, como será demonstrado, por ato de seus próprios familiares que se empenharam em construir muros para sufocar a sua voz. As frases cortadas, o suposto esquecimento e a ansiedade que saltam à tela, são, como já declinado alhures, armas de defesa e proteção à dor que as lembranças do abuso físico e emocional que sofreu lhe causaram. Se não é fácil para um adulto suportar a carga de ter sofrido um crime tão abjeto, o que dizer de uma criança? Ao contrário, inclusive, do que argumenta a Defesa, não é preciso formação em psicologia para enxergar, perceber e compreender o que uma violência sexual causa a pezinhos ainda vacilantes: medo, culpa, cicatrizes e traumas muitas vezes insuperáveis. A menor, portanto, como se constata do painel probatório dos autos, embora em razão da tenra idade não soubesse que estava sendo submetida a uma situação de abuso sexual, compreendeu – por ter sido orientada anteriormente por sua genitora que nenhum homem poderia tocá-la em suas partes íntimas – que o Apelante estava praticando contra ela uma conduta inadequada, a qual descreveu para a sua mãe como “ousadia”. Sobreleve-se que a doutrina e jurisprudência deste país conferem a palavra da (o) ofendida (o) um relevante valor probatório nos casos de crimes sexuais, já que, em sua grande maioria, não são praticados na presença de outras pessoas, conforme se infere abaixo: “(...) as declarações vitimárias em crimes de conotação sexual, porque, via de regra, são perpetrados há horas mortas, sem vigília, na clandestinidade, às ocultas de outras pessoas que não os seus próprios protagonistas, assumem especial destaque, relevo e valor como meio de prova, constituindo o seu próprio pilar, a sua viga mestra ou coluna cervical”. ( – Doutrina e Jurisprudência, 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São P.: Ed. RT. 2005, fls. 79). “(...) 1. No caso, o aresto recorrido, que está fundamentado, considerou a presença de conjunto probatório amplo para confirmar o édito condenatório, notadamente em se considerando os depoimentos firmes e coerentes da vítima nas fases inquisitorial e judicial, corroborados por outros elementos de prova, como as testemunhais e o exame de corpo de delito. Nesse tear, a análise do pleito de absolvição demandaria o reexame dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, o que é defeso em recurso especial, em virtude do que preceitua a Súmula n. 7 desta Corte. Precedentes. 2.” É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios “(AgRg no AREsp n. 1301938/RS, relator Ministro, SEXTA TURMA, julgado em 18/9/2018, DJe 25/9/2018). (...)”. (STJ. AgRg nos EDcl no AREsp 1828274/DF, Rel. Ministro, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 25/03/2022) No caso vertente, a narrativa da vítima é reforçada pelas

declarações da sua genitora, a qual esclarece, nas duas fases da perseguição penal, como tomou conhecimento do crime, noticiando de forma firme e segura os dizeres da sua filha, bem como a sua reação após a prática delitiva, conforme se extrai das transcrições das suas declarações: “ QUE é genitora de , de 04 anos de idade; QUE a declarante e sua filha passaram o fim de semana na casa de sua irmã e no sábado a declarante deixou SAFIRA na casa de DEISE e foi trabalhar; QUE ontem, à tarde quando voltou do trabalho foi surpreendida com as afirmações feitas pela criança de que esposo de sua irmã tinha “feito ousadia” com ela; QUE a declarante perguntou a SAFIRA o que ele tinha feito e ela disse que quando ela estava dormindo tirou a roupa dela, deitou por cima dela e passou a mão na “pororoca” dela; que ela mandava ele parar e ele não parava; QUE depois ele parou, ela vestiu a roupa e voltou a dormir; QUE de imediato foi procurar sua irmã e e ele negou; QUE Deise ficou indignada e disse a declarante que podia tomar as providências; QUE ontem, a noite quando retornava da praia para casa com sua irmã , Safira falou: “mãe não me leve mais pra casa de minha tia não para não fazer ousadia comigo”; QUE hoje pela manhã a declarante procurou o Posto Policial de Boipeba e denunciou o caso aos policiais, os quais se deslocaram até a residência de e prenderam ; QUE no Posto Policial ele confessou na frente dos Policiais e conformou a que a criança havia falado, disse que realmente tinha tirado a roupa da menina, passou a mão na vagina dela, mas só foi isso, não usou o pênis; como se isso não fosse nada demais, QUE os policiais deram voz de prisão a seu cunhado e o conduziram para a Delegacia.” (Fase inquisitorial. Sra. , fl. 09, evento nº. 24557825) (grifos acrescidos).“Um final de semana, dia de sábado, fui para a casa da minha irmã, como de costume, só que no domingo eu teria que voltar para trabalhar, e larguei minha filha com minha irmã, dormindo lá, como de costume. Então, quando eu cheguei do trabalho, uma hora da tarde, fui dar banho na minha filha e minha filha confessou diretamente para mim que ela tinha sido praticamente abusada, no meu falar. É que o Ninho tinha feito ousadia com ela, no linguajar dela; – “Ninho fez ousadia comigo minha mãe”. Eu disse: o que ele fez? Eu fiz a pergunta para ela; Ela disse: – “tirou minha roupa – eu dormindo na cama com meu irmão –, subiu em cima de mim”; e ficou passando a mão nas partes do corpo dela; diariamente como ela me falou, eu fui olhar as partes dela e só isso; e daí eu tomei as minhas providências como mãe de proteger a minha filha por esse ato, tentativa de abuso; as pernas e a pororoca; passou a mão; ela tem quatro anos; Ninho é o Zilmario, a gente conhece ele aqui como ; ele é marido de minha irmã; foi a primeira vez, ela nunca teve conhecimento disso, foi a primeira vez porque eu ensino muito bem a minha filha, eu sou uma mãe aberta com a minha filha; ensino essas coisas para minha filha, que nenhum homem pode tocar nas partes dela, então foi por isso que ela chegou para me contar; (...) ela me contou que ela ficava pedindo a ele para parar, aí ele não parou; quando ele parou ela vestiu a roupa e voltou a dormir; porque quando eu voltei no local em que ela estava dormindo na casa de minha irmã, eu peguei ela dormindo, botei ela na outra cama; tirei da cama da minha irmã, botei ela na outra cama e ela dormiu, deixei ela ali dormindo e vim embora para a minha casa e quando foi de manhã cedo, eu fui trabalhar; quando eu voltei, aí foi que ela me contou; isso ela me contou no domingo, uma hora da tarde, mais ou menos; realmente foi tentativa de abuso, ele não chegou penetrar na minha filha, porque assim que eu registrei a queixa, foi realizado o exame na minha filha e o médico falou para mim que não teve penetração; foi tentativa; ela estava muito com



medo; ela quase não deixou o médico realizar o exame; foi quatro pessoas para aguentar no dia; tinha dois policiais comigo de , que foi eles que me levaram, que presenciou o estado da criança como ficou na hora do procedimento do exame, mas realmente foi uma tentativa; (...) isso não, porque depois que ela foi levada a polícia, interrogada lá, ela nem quis mais contar; ela só contou a mim mesmo, que sou mãe; ela só teve coragem de contar a mim; ela ficou dizendo lá na Delegacia que estava com medo; que não sabia; que ele era ousado; que era ousado, ficava repetindo isso; que ficava com medo e que era ousado, só isso; houve sim, minha filha mudou totalmente o comportamento; ela ficou agressiva com o irmão, ela tem um irmão de seis anos, que é um amor; ela ficou agressiva com ele; eu não durmo direito com ela; ela sempre acorda gritando; mudou totalmente o meu estilo de vida da minha filha, o estilo de vida da minha filha; eu tive que perder meu emprego por causa dela, estou desempregada porque tenho agora que dar o mínimo de atenção a ela; ela chora muito, quando toca no assunto ela fala que está triste; ela está sendo acompanhada pela psicóloga; eu estou tendo muito gasto e eu estou desempregada, está sendo muito difícil; (...) depois disso ela ficou de mal comigo; ela não conversou mais comigo, mas antes de eu denunciar ele eu fui até ela e a ele para perguntar o porquê que ele tinha feito isso com minha filha, que eu confiavanele, ele ia para minha casa e tudo; aí minha irmã falou assim: - "Ah! Então por isso que ele acordou cedo e tava conversando com ela na cozinha. Só que eu perguntei a ele: você está conversando o que com Safira?"; aí ele falou: - "Não, eu tô botando o café dela, só isso"; aí ela achou estranho; falou para mim que achou estranho porque Safira era acostumada a ficar com ela e com os priminhos dela e nesse dia ela não quis ficar lá de jeito nenhum; ela estranhou, ela falou que com certeza tinha acontecido alguma coisa por causa disso; eu perguntei a ele, ele negou para mim; eu disse: se você não quer falar a verdade para mim, eu como mãe, eu vou ter que tomar as minhas providências, porque se eu ensinei isso a minha, falar as coisas para mim, eu tenho que proteger ela; me desculpe, mas eu vou fazer o meu papel de mãe; e daí eu fui e denunciei ele para os policiais lá em Boipeba e depois os policiais acabou falando que ele contou a mesma versão que a criança tinha contado; isso aí; (...) (Fase judicial. Sra. . Pje Mídias). É importante trazer à baila, ainda, o relato do Policial Militar que participou da ocorrência: "QUE na data de hoje, 30/08/2021, por volta das 09:30h, se encontrava de serviço em rondas na Ilha de Boipeba, quando foi abordado por uma senhora a qual estava com uma criança no colo, alegando que na noite de ontem teria deixado a filha menor de quatro anos na casa da tia para dormir e hoje pela manhã quando foi pegar a mesma, a criança teria lhe dito que não queria mais dormir na casa da tia, porque a pessoa conhecida como "NINHO", que é casado com sua tia havia tirado sua roupa; que a criança relatou para a sua genitora que o mesmo teria tirado sua roupinha, e deitado em cima, passando as mãos em suas pernas; que a criança pedida para ele parar, e o referido continuava; que diante dos relatos, guarnição saiu a procura do mesmo, encontrando o mesmo na residência da mãe; que diante dos fatos, deu voz de condução ao mesmo trazendo até esta Delegacia de Polícia acompanhado da vítima e da genitora da mesma. Que ao inquirir o referido sobre o fato, o mesmo disse que fez uma merda, que passou a mão na menina, mas que fez isso porque estava bebendo." (sic) (SD/PM , fase inquisitorial, evento nº. 24557825, fl. 06) (grifos acrescidos). "Bem, eu lembro que nós estávamos fazendo uma ronda logo pela manhã, quando eu encontrei com essa senhora, que eu não recordo o nome, e ela estava com uma criança no colo, uma criança pequena,

salvo engano; também não recordei direito a idade, mas deve ser uns quatro anos de idade ou cinco; e aí ela disse que precisava falar com a gente, da polícia, mas que queria falar no Posto; ela queria uma certa reserva; aí a gente voltou até o Posto Policial; é uma casa que funciona lá em Boipeba atendendo ao público, e aí ela narrou esse fato, mas ela narrou do que a menina dela, filha dela contou para ela; assim como foi colocado aí e lido; e aí depois que ela nos colocou o que foi acontecido, o que a filha dela disse para ela, a gente foi a procura desse; eu na verdade não lembrava o nome dele; a ilha é pequena, a gente conhece quase todo mundo de vista, mas nem sempre de nome; quando ela me deu as características, eu lembrei mais ou menos a localização dele, porque na ronda eu tinha visto ele pela praça; aí, levantando alguns detalhes, de quem era filho, de onde morava, a gente foi até a casa dele, a casa que ele estava na verdade, que era a casa do pai adotivo, encontramos ele e eu pedi que ele nos acompanhasse até o Posto Policial e lá nós demos voz de prisão a ele, mediante isso aí, fizemos contato com Dr. e conduzimos ele até Valença; ela falou que a menina tinha pedido a ela para que ela não deixasse mais ela dormir lá com o tio e aí ela perguntando, esmiuçando porque, a menina falou que ele teria feito isso; teria deitado em um dos cômodos onde ela estava, tirado a roupinha dela e teria acariciado ela em suas partes íntimas; (...) sim, nessa ocasião ele até comentou que não sabia onde estava com a cabeça (...); durante esse tempo, porque ele não esboçou nenhum tipo de dificuldade, de resistência, a gente não precisou nem algemá-lo; aí ele falou: – “tomei umas cervejas”; aquela coisa não é, demonstrando uma consciência pesada; mas enfim, ele falou sim que tinha feito isso”. (. Pje Mídias). A negativa de autoria do Apelante, em juízo, por sua vez, em confronto com o conjunto probatório vertido nos autos, não se revela capaz de afastar os relatos da vítima e da sua genitora. Saliente-se, ainda, que não foi produzida pela Defesa qualquer adinículo de prova que indicasse que a mãe da menor, cunhada do Recorrente, tenha feito declarações detalhadas, tanto na fase inquisitorial quanto judicial, de fatos que nunca ocorreram. Não é crível, ainda, a alegação do Recorrente de que afirmou na autoridade policial “que passou as mãos nas pernas da criança” (Evento nº. 24557825, fl. 12), porque estava nervoso, em razão de nunca ter ido a uma Delegacia. Nesta oportunidade, consoante se infere do seu interrogatório na fase inquisitorial, observa-se, inclusive, que ao ser perguntado se tinha conhecimento de que tirar a roupa de uma criança e tocá-la é crime, o Apelante respondeu “que sabe que não pode fazer, mas que estava bebendo” (sic) (Evento nº. 24557825, fl. 12). Sublinhe-se que alegações de que o Recorrente é trabalhador e pai de família, bem como de que as testemunhas que estavam presentes na sua residência na noite em que ocorreram os fatos afirmaram não terem presenciado crime algum, não se constituem, do mesmo modo, de força probante suficiente a afastar a acusação. Em crimes como o vertente é muito comum que o autor do abuso sexual praticado dentro do contexto familiar seja pessoa sem antecedentes e com boa reputação em seu meio social, revelando a sua face criminosa apenas para as vítimas que se encontram sob o seu poder e domínio, porque é justamente através delas que deseja satisfazer a sua lascívia; é da inocência delas que alimentam as suas vontades mais vis. Demais disso, não há dúvida nenhuma de que as testemunhas da Defesa – companheira, sogra e sogro do Apelante – não presenciaram os fatos, como afirmaram em juízo, uma vez que, por óbvio, como dito acima, um crime desta natureza não seria praticado a olhos vistos, mas na clandestinidade, como efetivamente o foi. Na verdade, o que

se observa no caderno processual é que a vítima e a sua genitora foram submetidas por seus familiares a um contexto dramático de negação, em que pese o Apelante tenha confessado em parte a prática delitiva na fase inquisitorial. A exemplo, os depoimentos prestados na audiência de instrução e julgamento (Pje mídias) e, ainda, os áudios insertos nos eventos e nº. 24557845 e nº. 24557846. Estes últimos deixam evidente, inclusive, que a avó materna da menor, Sra. , testemunha arrolada pela Defesa, foi orientada a apagar todas as conversas existentes sobre o fato da memória do seu aparelho celular, bem como que questionou a sua neta, na ausência da sua genitora, sobre o ocorrido, encerrando ainda mais a infante no muro do silêncio, intimidada pela descrença da avó. Não é por outra razão que a psicóloga que realizou atendimento a menor registra que a sua mãe é o seu cobertor de segurança, ex vi: “As entrevistas realizadas indicam que o vínculo entre mãe e filha encontra-se preservado e a filha se sente protegida e acolhida pela mãe. O fato de a mãe ter ouvido e tomado providências em relação as queixas da filha trás (sic) segurança para a criança e já mostra evolução positiva em alguns comportamentos no intervalo entre as duas entrevistas” (sic). (Evento nº. 154526035. Pje de Primeiro Grau). De fato, um debruçar atento às declarações da Sra. , mãe da criança, não deixa qualquer margem de dúvida acerca da veracidade do seu relato quanto aos dizeres da sua filha e, ainda, quanto a sinceridade das suas palavras, o que também foi confirmado pelo agente de segurança que participou da diligência que prendeu o Recorrente, como já transcrito alhures. As declarações da genitora da ofendida também demonstram que é preciso não só um olhar atento dos pais aos filhos, mas também que as crianças sejam orientadas, de acordo com a sua linguagem, a impor limites ao contato físico; a reconhecer toda investida de abuso sexual contra elas e, ainda, a relatarem tais fatos a um adulto que detém a sua confiança. Desta forma, depreende-se do conjunto probatório contextualizado nos autos que as declarações da vítima são inteiramente corroboradas pelos relatos da sua genitora e da testemunha arrolada pela acusação, firmes e harmônicos desde a fase investigativa, os quais, aliados as demais provas encartadas aos autos demonstram que o Apelante praticou o crime previsto no art. 217-A, caput, c/c art. 61, II, f, e art. 226, II (com redação dada pela Lei nº. 13.718/2018), todos do Código Penal Brasileiro, devendo ser rechaçado o pleito absolutório. 3 – Exclusão das agravantes previstas no art. 61, II, f e c e da causa de aumento capitulada no art. 226, II, ambas do Código Penal Brasileiro. Insurge-se a Defesa quanto ao reconhecimento pela nobre Magistrada de primeiro grau da agravante prevista no art. 61, II, f e da causa de aumento capitulada no art. 226, II, ambas do Codex Penal. A pretensão não merece acolhimento. No tocante a agravante prevista no art. 61, II, f, do CPB, restou devidamente comprovado nos elementos probatórios vertido nos autos que o Recorrente praticou o crime ora em testilha mediante prevalecimento da relação de hospitalidade estabelecida entre ele e a ofendida, uma vez que a menor, sobrinha da sua companheira, costumeiramente dormia em sua casa, demonstrando, assim, total insensibilidade moral com a infante que sob a proteção do seu teto/lar foi confiada pela sua cunhada. Nesse sentido, decidiu o STJ: “(...) 1. O artigo 61, inciso II, alínea f, do Código Penal prevê que é circunstância que sempre majora a pena ter o agente cometido o crime prevalecendo-se das relações de hospitalidade, ou seja, em razão da vinculação existente entre as pessoas durante a estadia provisória na casa de alguém. 2. Na espécie, o fato de a menor estar sob os cuidados de seus pais quando dos fatos é irrelevante para a incidência da agravante em tela, cuja aplicação

pressupõe, apenas, que o delito seja praticado durante a estadia provisória na casa de alguém, circunstância que reduz a vigilância da vítima, exatamente como ocorreu na espécie, em que o abuso foi cometido durante uma festa. Precedente. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 541.127/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 16/12/2019). Do mesmo modo, não há qualquer controvérsia nos autos acerca do fato de que o Apelante convive (companheiro) com a tia da infante, e, conseqüentemente, da sua condição de parentesco com a vítima (afinidade), incidindo na hipótese perfeitamente o aumento de pena previsto no II, do art. 226 do CPB, que assim dispõe: “Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) (...) II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; (...)” A despeito das alegações da Defesa, o fato de o Apelante não ser parente consanguíneo da vítima (tio por afinidade), não afasta a causa de aumento ora em testilha, uma vez que, conforme demonstrado nos autos, a menor, permanecia sob a sua autoridade, tanto que a genitora da ofendida confiava a menor aos seus cuidados e ao da sua companheira (tia da vítima) e tal confiança adivinha justamente porque o Recorrente se encontrava em condição semelhante ao de tio por consanguinidade, o que basta para caracterizar a majorante. A propósito, o próprio Recorrente afirma em juízo que a vítima é como uma filha para ele: “que é que nem uma filha para mim” (sic) (Pje Mídias). Como explica , “a maior gravidade do injusto, particularmente do desvalor da ação, nessas hipóteses, é evidente, visto que o delito é praticado justamente por aquele que tem o especial dever de proteção, vigilância e formação moral da pessoa, o que debilita sobremaneira sua defesa. A exasperação da pena encontra fundamento ainda em considerações de ordem político-criminal, posto que o sujeito ativo pode se prevalecer voluntariamente das referidas relações também– ou unicamente – para favorecer sua impunidade.” Complementa, ainda, o nobre autor que “todo aquele que, de alguma forma, exerce autoridade de direito ou de fato sobre a vítima e pratica com ela algum delito sexual tem a pena majorada, (...)”. (Curso de direito penal brasileiro, parte especial. 3ª ed em ebook. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017). Acerca da matéria, julgou o Tribunal da Cidadania: “(...) 1. Quanto ao aludido revolvimento da matéria fático-probatória, ao contrário do que afirma o agravante, as questões veiculadas no recurso especial não envolvem a análise de conteúdo dessa natureza, mas, sim, a possibilidade de valoração negativa do vetor judicial consequências do crime e a plausibilidade da configuração da causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal, ambas com suporte em elementos insertos nos presentes autos. Dessa forma, não se configura a hipótese de aplicação da Súmula 7/STJ, haja vista a análise eminentemente jurídica do caso. (...) 5. Na sentença condenatória, é descrito que os atos libidinosos foram praticados pelo tio contra a sua sobrinha (fl. 258). Conforme exposto na decisão ora agravada, consta da denúncia que a vítima, em razão do grau de parentesco e afinidade com o acusado e sua família, frequentava com regularidade sua residência e por lá permanecia por dias. [...] 0 denunciado praticou as condutas no âmbito da unidade doméstica, precisamente no interior de uma residência em que coabitavam e conviviam (fls. 3/4). Por sua vez, o Ministério Público Federal enfatizou que a vítima, filha de pais separados, era confiada frequentemente aos cuidados dos tios, que davam suporte material e afetivo à menina. Neste sentido, consta do depoimento de outra sobrinha do acusado (fl. 389) que a vítima

dormia frequentemente na casa dos tios, sendo lá deixada pelo pai nos fins de semana em que ele ficava com a filha sob os seus cuidados e ia trabalhar. [...] Sendo deixada de forma constante na casa dos tios, tanto a tia, irmã do pai da vítima, como o tio, marido daquela e parente por afinidade da criança, detinham relação de autoridade sobre ela. [...] Percebe-se que além da relação de confiança entre o pai da menina e os tios dela, havia também uma forte relação entre a criança e os tios, pois tiveram um convívio extenso e contínuo, que, em razão da relação de hierarquia, gera automaticamente uma autoridade dos tios sob a vítima (fls. 596/597). 6. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a majorante prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal deve incidir sempre que restar demonstrada a relação de autoridade entre a vítima e o acusado (AgRg no REsp n. 1.581.633/PR, Ministro , Quinta Turma, DJe 26/10/2018). 7. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1929626/RJ, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 13/10/2021). Neste ponto merece ser rechaçada, ainda, a alegação da combatente Defesa de que existe bis in idem na aplicação concomitante da agravante genérica prevista no art. 61, II, f, com a causa de aumento de pena capitulada no art. 226, II, ambas do CPB. Isto porque a pena foi agravada na segunda fase do critério trifásico em razão da prevalência da relação de hospitalidade no ambiente familiar, enquanto na terceira fase foi majorada em virtude da condição específica de tio da vítima (por afinidade/autoridade), que são situações completamente distintas, entendimento que se encontra de acordo com a jurisprudência do Tribunal da Cidadania: “PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. TESE ABSOLUTÓRIA. SÚMULA 7/STJ. COABITAÇÃO E CONDIÇÃO DE PADRASTO DA VÍTIMA. SITUAÇÕES DISTINTAS, APLICAÇÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA (ART. 61, II, f, DO CÓDIGO PENAL) E DA MAJORANTE ESPECÍFICA (ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL), BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Corte de origem concluiu que os autos possuem provas suficientes que atestam a autoria e a materialidade do crime atribuído ao réu, notadamente os depoimentos seguros e coesos da vítima, tanto na fase inquisitorial quanto na judicial, bem como os testemunhos de sua avó e de sua genitora. 2. Desse modo, a alteração do julgado, a fim de reconhecer que o acusado não cometeu o delito que lhe foi imputado, demandaria o reexame do acervo fático-probatório, providência inviável em sede de recurso especial, conforme dispõe a Súmula 7/STJ. 3. Não caracteriza bis in idem a utilização da agravante genérica prevista no art. 61, inciso II, alínea f, do Código Penal e da majorante específica do art. 226, inciso II, do Código Penal, tendo em vista que a circunstância utilizada pelas instâncias ordinárias para agravar a pena foi a prevalência de relações domésticas no ambiente familiar, enquanto para aumentá-la na terceira fase, em razão da majorante específica, utilizou-se da condição de padraсто da vítima, que são situações distintas. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido”. (AgRg no REsp 1929310/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021). Dessa maneira, comprovadas nos autos a relação de hospitalidade entre o Apelante e a ofendida, bem como a sua condição de tio por afinidade, exercendo sobre ela autoridade, bem como a inexistência de bis in idem, mantém-se a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, f, e da majorante disposta no art. 226, II, ambas do CPB. Ainda nesse contexto, deve ser registrado que a Defesa pugna também pelo afastamento da agravante prevista no art. 61, II, c, do CPB (ter o agente cometido o crime “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso

que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”) (sic). Todavia, como bem ressaltado pelo Parquet em sede de contrarrazões, a menção na sentença acerca da aludida agravante não passou de erro de digitação, haja vista que além de não ter sido mencionada na fundamentação da sentença, a única compensação realizada de fato pela nobre Magistrada de primeiro grau foi entre a agravante prevista do art. 61, II, f, do Codex Penal e a atenuante da confissão, como se depreende da simples conferência dos importes incidentes na fixação da pena. Isto porque, fixada a pena-base em 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão, na segunda fase do critério dosimétrico foi realizada a compensação da única agravante reconhecida (art. 61, II, f, do CPB) com a atenuante da confissão, permanecendo inalterado o quantum de pena estabelecido na sanção-base. Na terceira fase, por sua vez, verifica-se que a sanção foi acrescida metade (1/2), em atenção à causa de amento prevista no art. 226, II, do CPB, restando uma pena definitiva de 16 (dezesesseis) anos de reclusão. Assim, não há o que se falar em afastamento da agravante prevista no art. 61, II, c, do CPB, considerando que foi descrita na sentença por claro e evidente erro de digitação, sem causar qualquer prejuízo ao ora Agravante, consoante demonstrado. Ainda nesse contexto, afasta-se o pleito de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, b, do CPB – “ter o agente: procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”. In casu, não restou demonstrado em todo o caderno processual de que maneira o Recorrente teria procurado, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou reparar o dano por possíveis lesões físicas, as quais sequer ocorreram. As sequelas que se observam nos autos são de ordem emocional, consequências que, como já relatado, a vítima carregará para o resto da vida. Por tais razões, descabida a pretensão. 4 – Dosimetria. Redução da pena-base. Neste ponto a pretensão da Defesa merece prosperar em parte. In casu, a douta Magistrada de primeiro grau assim deliberou: “Culpabilidade: trata-se de crime de estupro de vulnerável, estando patente o dolo do agente, normalmente empregado à espécie, sendo acentuada a reprovabilidade da sua conduta em virtude da gravidade do injusto, mormente quando se podia esperar que o réu agisse de forma diversa, sobretudo porque a vítima tinha apenas 04 (quatro anos) de idade. Nessa senda, conforme já fundamento no bojo deste decisum, o STJ entende que a tenra idade da vítima pode ser utilizada como circunstância judicial do art. 59 do CP e, portanto, incidir sobre a pena-base, razão pela qual exaspero esta circunstância judicial. Antecedentes: o réu é tecnicamente primário. Conduta social: Provou-se que o denunciado tem boa conduta social, conforme depoimentos das testemunhas de defesa de ID nº 152402505, fls. 04/06. Personalidade do agente: não há nos autos elementos suficientes para avaliar a personalidade do réu, restando, pois, prejudicada a análise dessa circunstância. Motivos: satisfação da própria lascívia. Circunstâncias do crime: foi praticado na clandestinidade, circunstância comum em delitos desta natureza. Consequências do crime: as consequências do crime foram graves, pois o estado psicológico revelado pela vítima após a violência é constatado por qualquer pessoa, não necessitando, pois, de exames psicológico ou de qualquer ordem para se verificar o grave dano causado à mesma. O depoimento da testemunha (genitora da vítima), é firme e sem contradição ao revelar que a mesma mudou o seu comportamento após o ocorrido, tendo ficado extremamente abalada, sendo estes comportamentos típicos de quem sofreu algum tipo de violência sexual. Ressalte-se, ainda, que o depoimento judicial da

testemunha de acusação, a Sra. , genitora da vítima, comprova e confirma a alteração do comportamento da vítima, senão vejamos: "Que houve um abalo forte no comportamento da vítima. Que a vítima mudou totalmente o comportamento. Que a vítima ficou agressiva com o irmão. Que a vítima tem um irmão de 6 anos. Que a vítima não dorme direito. Que a vítima acorda gritando. Que teve que sair do emprego para cuidar da filha. Que a vítima chora muito quando toca no assunto. Que a vítima está sendo acompanhada pela psicóloga. Que está tendo muito gasto" (ID nº 152402505, fl. 01). Ressalte-se, ainda, que o depoimento judicial da testemunha de acusação, a Sra. , genitora da vítima, comprova e confirma a alteração do comportamento da vítima, senão vejamos: "Que houve um abalo forte no comportamento da vítima. Que a vítima mudou totalmente o comportamento. Que a vítima ficou agressiva com o irmão. Que a vítima tem um irmão de 6 anos. Que a vítima não dorme direito. Que a vítima acorda gritando. Que teve que sair do emprego para cuidar da filha. Que a vítima chora muito quando toca no assunto. Que a vítima está sendo acompanhada pela psicóloga. Que está tendo muito gasto. (ID nº 152402505, fl. 01)". Além disso, conforme relatório de ID nº 154526035, a psicóloga concluiu que foi possível observar "vários desses comportamentos na criança, como medo, pesadelos, agressão, e comportamentos regressivos, todos esses relatados pela mãe. Desta forma, do ponto de vista psicológico, consideramos ser importante um acompanhamento psicoterápico para mãe e filha. Comportamento da vítima: a vítima, por sua vez, em nada contribuiu para o delito. Não há qualquer outra circunstância digna de apreciação. Deste modo, observando o que dispõe o artigo 59, do Código Penal, fixo a pena-base em 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão." (grifos originais). Examinando o decisor guerreado, observa-se que a doura sentenciante valorou como negativas as moduladoras culpabilidade e consequências do crime. Imperiosa a manutenção da desfavorabilidade das vetoriais. Como bem reconheceu o juízo de primeiro grau, a culpabilidade deve ser valorada negativamente pelo acentuado grau de reprovabilidade do comportamento do agente, considerando a tenra idade da vítima, uma criança de apenas 04 (quatro) anos de idade. Nesse sentido, entende o STJ: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA. CRIANÇA EM TENRA IDADE. SEXO ORAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE DO AGENTE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS ESTRANHOS AO TIPO PENAL. [...] 3. Com relação à culpabilidade do agente, a valoração negativa fundada na maior reprovabilidade do fato mostra-se alinhada à jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual a tenra idade da vítima à época do crime sexual constitui fundamento idôneo e capaz de fundamentar o recrudescimento da resposta penal. Precedentes. (AgRg no AREsp 1635033/PA, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 04/08/2020) (grifos acrescidos). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 59 DO CP. CULPABILIDADE. IDADE DA VÍTIMA. ELEMENTO INTEGRANTE DO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A idade da vítima constitui elemento integrante do tipo penal descrito no art. 217-A do CP, podendo, contudo, ser considerada como fundamento para exasperação da pena-base quando se tratar de vítima de tenra idade, o que não é o caso dos autos. [...] (AgRg no AREsp 1524052/PB, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. TENRA IDADE DA VÍTIMA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA À CULPABILIDADE." A tenra

idade das vítimas autoriza a valoração negativa das circunstâncias do crime "(AgRg no AREsp 539.256/MS, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, DJe 17/11/2014)." (AgRg no AREsp n. 920.205/SP, Quinta Turma, Rel. Min. , DJe de 10/02/2017). Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1802817/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019). Do mesmo modo, as consequências do crime, efetivamente extrapolam a previsão típica do delito. A genitora da vítima relatou que: "(...) houve um abalo forte no comportamento da vítima. Que a vítima mudou totalmente o comportamento. Que a vítima ficou agressiva com o irmão. Que a vítima tem um irmão de 06 (seis) anos. Que a vítima não dorme direito. Que a vítima acorda gritando. Que teve que sair do emprego para cuidar da filha. Que a vítima chora muito quando toca no assunto. Que a vítima está sendo acompanhada pela psicóloga. Que está tendo muito gasto" (Pje Mídias) (grifos acrescidos). O Relatório Psicológico inserto no Id nº. 154526032 (Pje Primeiro Grau) corrobora com as declarações da mãe, deixando evidente que o intenso abalo sofrido pela menor a tornou insegura; agressiva; com medo, sendo acometida por pesadelos (acorda gritando a noite). Destaca, ainda que a menor demonstra aversão a figura masculina, preservando apenas o seu pai e o seu avô, apresentando, ainda, problemas escolares. No tocante ao Recorrente, a ofendida refere-se como "uma pessoa ruim e ousada que mora em Monte Alegre" (sic). Ainda que não restasse comprovado nos autos o quanto a vítima, em sua tenra idade, foi intensamente ferida psicologicamente, não é difícil vislumbrar que o frágil tecido da sua alma foi rasgado em pedaços que continuarão visíveis em sua vida adulta. Os traumas sombrios da sua inocência violada são perceptíveis não só pelos seus gritos de pavor a noite – relatados pela genitora –, mas também na escuta realizada na audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que ela reverbera: "eu estou com preguiça de contar" (...) esqueci (sic)", coçando o olho, escondendo o rosto, abaixando a cabeça e com intensa inquietude. Tal comportamento demonstra que o seu silêncio a protege da intimidação, da vergonha e do medo que as lembranças trazem a sua mente, tanto que quando decidiu romper o muro do silêncio, confirmando que o fato aconteceu, a ofendida trouxe em sua voz o embargo da dor, um choro contido pela náusea mental que a lembrança revolveu em sua mente. Com esses fundamentos, afasto a pretensão defensiva. No que diz respeito a alegação da Defesa de que não foram consideradas em favor do sentenciado a favorabilidade das demais moduladoras, é preciso esclarecer que os vetores listados no art. 59 do CPB fornecem ao Magistrado os critérios necessários para definição da pena-base, observando-se os limites da sanção abstratamente definida pela norma legal. Desse modo, a basilar será exasperada quando qualquer dessas circunstâncias se revelarem negativas. Ou seja, quanto mais circunstâncias desfavoráveis, mais a sanção se afastará do mínimo legal previsto para a pena in abstracto. Por outro lado, a elevação da reprimenda de fato mostra-se desarrazoada, impondo-se um novo cálculo da pena basilar, uma vez que desproporcional o quantum indicado por cada vetorial negativa (duas) para afastá-la do mínimo legal previsto à espécie. Entende-se, portanto, ser devida a incidência de critério dosimétrico mais proporcional, de modo a considerar a média aritmética entre a pena máxima e a pena mínima abstratamente previstas nos tipos penais como o patamar máximo que a pena-base pode alcançar, sendo devida a readequação da sanção mínima nesses termos. A partir desse raciocínio, caso todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP sejam valoradas negativamente, a pena-base será fixada na média aritmética entre os limites abstratos da sanção penal. Do contrário, a segunda fase de



aplicação da pena pode não ter nenhuma eficácia, visto que não poderá superar o patamar máximo fixado em abstrato, à luz do entendimento sumulado do STJ, materializado no enunciado de nº 231. Desta forma, é imprescindível destacar a inexistência de parâmetros legais aritméticos para a fixação da pena-base, a qual deve ser estabelecida conforme o princípio da discricionariedade motivada e dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ao perfilhar por esta linha de inteligência, notabiliza-se, ainda, a ausência de determinação legal expressa sobre eventual exigência matemática a ser empregada para o quantitativo da reprimenda basilar, ou, ainda, para as circunstâncias atenuantes e agravantes, cabendo, então, ao Julgador, fixá-las consoante a especificidade de cada caso. Destaque-se, neste diapasão, não se tratar de um entendimento isolado deste julgador, mas aquele que é elencado, de modo ostensivo, pelas Cortes Superiores de Justiça. Observe-se, pois, a jurisprudência ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DO PRETÓRIO EXCELSO sobre o assunto: “EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PREMISSAS FÁTICAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...) 4. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. 5. A exasperação da pena-base foi devidamente fundamentada em critérios racionais e judicialmente motivados, e cuja resultante não se mostra flagrantemente desproporcional, pois lastreada nos parâmetros de discricionariedade reconhecidos na jurisprudência desta Suprema Corte. (...) (HC 185183 AgR, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 08/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2021 PUBLIC 11-03-2021)”(grifos acrescidos). “EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) 3. O Supremo Tribunal Federal entende que “[a] dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena” (RHC 145.598, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. ). (...) (HC 188621 AgR, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 15/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 21-09-2020 PUBLIC 22-09-2020)”(grifos acrescidos). “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE JUSTIFICADO. AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL. ART. 33 DO CP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O julgador, nas instâncias ordinárias, possui discricionariedade para proceder à dosimetria da pena, cabendo aos Tribunais Superiores o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na fixação da sanção. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...) (HC 171539 AgR, Relator (a): , Segunda Turma, julgado em 13/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020)”(grifos acrescidos) Outrossim, é o que preleciona a JURISPRUDÊNCIA ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DA CORTE CIDADÃ: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. USURA E EMBARAÇO À INVESTIGAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INQUÉRITO INSTAURADO PELO MP/RS CONTRA POLICIAL CIVIL, E NÃO PELA CORREGEDORIA RESPECTIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CONDENAÇÃO EMBASADA EM PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO, BEM COMO EM

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (PROVA IRREPETÍVEL). OFENSA AO ART. 155 DO CPP NÃO CONFIGURADA. SUPOSTO NÃO PREENCHIMENTO DOS ELEMENTOS DO TIPO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 12850/2013. ALEGADA GENERALIDADE DO PERDIMENTO DE BENS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 384 DO CPP. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. PRETENDIDA VINCULAÇÃO DO JULGADOR AO AUMENTO DE 1/6 DA PENA MÍNIMA, PARA CADA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. DESCABIMENTO. TESE DE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE USURA. INOVAÇÃO RECURSAL. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE ESTENDER AO AGRAVANTE OS EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DO CORRÉU, PARA SANAR O EQUÍVOCO COMETIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ART. 580 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE, APENAS PARA REDUZIR A PENA DO CRIME DE USURA, COM ESQUEQUE NO ART. 580 DO CPP.(....) 6. Sobre a dosimetria da pena, observa-se que, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. 7. Contudo, a posição dominante nesta Corte, embora não impeça o cálculo matemático rigoroso e exato, não chega ao ponto de obrigá-lo, predominando o entendimento de não ser ele absoluto, havendo uma discricionariedade regrada e motivada. Justamente por isso, não existe um direito subjetivo do acusado de ter 1/6 de aumento da pena mínima para cada circunstância judicial valorada negativamente. (...) (AgRg nos EDcl na PET no REsp 1852897/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021)" (grifos acrescidos). "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INAPLICABILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à prudente discricionariedade do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento nesta via. Ressalvados os casos de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena por esta Corte Superior. 2. Uma vez que o aumento da pena-base não está adstrito a critérios matemáticos e considerando-se o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de furto qualificado (2 a 8 anos de reclusão), não se verifica desproporcionalidade na exasperação da pena em 6 (seis) meses de reclusão, em razão do reconhecimento dos maus antecedentes. (...) (AgRg no HC 618.167/SC, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 05/04/2021)"(grifos acrescidos). Feito o necessário esclarecimento a respeito do tema presentemente abordado, retoma-se o cálculo da reprimenda basilar. Destarte, no caso do crime de Estupro de Vulnerável, o termo médio entre as penas mínima e máxima cominadas é de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses. Subtraindo deste valor a pena mínima, 08 (oito) anos, encontra-se o intervalo de 03 (três) anos e 06 (seis) meses, o qual, dividindo-se por 08 (oito), que corresponde ao número de circunstâncias judiciais, resulta o valor equivalente à 0,4375 anos para cada, que equivale, aproximadamente, à 05 (cinco) meses por cada circunstância considerada negativa. No presente caso, como restaram valoradas de forma negativa 02 (duas) circunstâncias judiciais, fixa-se a pena-base em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Na segunda fase

de aplicação da reprimenda, mantém-se a compensação realizada pela nobre sentenciante entre a agravante prevista no art. 61, II, f, com a atenuante do art. 65, inciso III, d, do CPB (confissão espontânea), ambas do Codex Penal, razão pela qual a sanção permanece inalterada nessa fase. Mantém-se a fração aplicada (1/2) em face do reconhecimento da majorante prevista no art. 226, II, do CPB, resultando uma sanção de 13 (treze) anos e 03 (três) meses de reclusão, a qual, diante da ausência de causas de diminuição, torna-se definitiva. A pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime inicialmente fechado, à luz do art. 33, § 2º, a, do CPB. 5 – Concessão do direito de recorrer em liberdade. Por fim, no que se refere ao direito de recorrer em liberdade, pleiteado, não se vislumbra a demonstração de qualquer alteração do contexto fático que justifique a modificação da situação prisional do Recorrente, sobretudo na fase processual atual, tendo a Julgadora salientado que os fundamentos para a custódia cautelar continuam presentes, ex vi: “(...) O art. 387, § 1º, do CPP, estabelece que na sentença "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta". Assim, nego ao réu o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista a subsistência dos motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva. Com efeito, presentes a materialidade e agora a certeza da autoria delitiva, e configurada a necessidade de manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, nos mesmos termos da decisão já prolatada nos autos apensados a estes, Proc. nº 0500363-77.2020.805.0271, fls. 56/62. De outro ponto, não se vê nos autos o preenchimento dos pressupostos e requisitos legais para substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar, mormente porque a defesa não juntou prova idônea e atualizada de que o denunciado seja o único responsável pelos cuidados de filho menor de 12 anos. Por fim, não há comprovação de que o flagranteado se encontre, no grupo de risco definido pela Recomendação nº 62/2020 – CNJ, conforme disciplinado pelo Ato Conjunto nº 04, de 23 de março de 2020. Destarte, no caso sub judice, a gravidade do delito praticado, inviabiliza a pretendida liberdade provisória e autoriza a manutenção da preventiva, razão pela qual **INDERIRO O REQUERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR E, por conseguinte, MANTENHO A PRISÃO PREVENTIVA DE** . Proceda-se às devidas anotações no sistema CNJ/BNMP2.” (sic) (Id nº. 24557985). Com efeito, a manutenção da prisão cautelar se revela necessária, ao menos como forma de garantia da ordem pública, especialmente em razão do risco concreto de reiteração delitiva, conforme indicou o juízo primevo na decisão que decretou a prisão preventiva do Apelante, examinada por esta Colenda Turma Criminal, no julgamento do Habeas Corpus nº. 8035945-62.2021.8.05.0000, cuja Ementa ora se transcreve: **EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. CRIME TIPIFICADO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. 1. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA DECRETAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECISÃO SUCINTA, MAS CALCADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRESENTES OS REQUISITOS E UM DOS FUNDAMENTOS DO ART. 312 DO CPPB. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECRETO PRISIONAL FOI LASTREADO NA EXISTÊNCIA DO PERICULUM LIBERTATIS E DO FUMUS COMISSI DELICTI. GRAVIDADE DO DELITO. MODUS OPERANDI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONSTATADO. 2. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. INSUFICIÊNCIA. MERO EXAURIMENTO DA ALEGAÇÃO DE DESFUNDAMENTAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR COMBATIDA NO WRIT. OPINATIVO MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO. 3. CONCLUSÃO: ORDEM DENEGADA.** De mais a mais,

não há racionalidade ou amparo lógico em permitir que o Apelante preso durante toda a instrução criminal possa aguardar o julgamento da ação em liberdade, ainda mais quando comprovadas a autoria e materialidade da infração penal. De acordo com a jurisprudência, o fundamento elencado, quando concretamente demonstrado – como é o caso – é suficiente para a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública. Senão veja-se: "(...) IV – A decisão do Juiz de primeiro grau, ratificada pela Corte Estadual, encontra-se devidamente fundamentada, tendo o Magistrado destacado o risco de que solto o recorrente possa obstar a aplicação da lei penal, pondo-se em fuga, circunstâncias que demonstram o elevado risco de reiteração delitiva e justificam a manutenção da custódia para garantia da ordem pública, inexistindo constrangimento ilegal na negativa do direito de apelar em liberdade. V – A toda evidência, o decisor agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício. Agravo regimental desprovido." (AgRg no RHC 139.888/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 02/03/2021) (grifos acrescidos). "DIREITO PROCESSUAL PENAL. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA APÓS CONDENÇÃO RECORRÍVEL A REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. A prisão preventiva pode ser mantida por ocasião da sentença condenatória recorrível que aplicou o regime semiaberto para o cumprimento da pena, desde que persistam os motivos que inicialmente a justificaram e que seu cumprimento se adeque ao modo de execução intermediário aplicado. De fato, não é razoável manter o réu constricto preventivamente durante o desenrolar da ação penal e, por fim, libertá-lo apenas porque foi agraciado com regime de execução diverso do fechado, permitindo-lhe que, solto, ou mediante algumas condições, aguarde o trânsito em julgado da condenação. Sufragar tal entendimento vai contra ao já sedimentado tanto no STF quanto no STJ, no sentido de que, quando presentes as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, 'Não há sentido lógico permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, possa aguardar o julgamento da apelação em liberdade' (STF, HC 89.089-SP, Primeira Turma, DJ de 1º/6/2007). Por outro lado, tendo em vista a imposição do regime semiaberto na condenação, se faz necessário compatibilizar a manutenção da custódia cautelar com o aludido modo de execução, sob pena de estar-se impondo ao condenado modo mais gravoso tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso, em flagrante ofensa ao princípio da razoabilidade. Precedentes citados: RHC 39.060-RJ, Quinta Turma, DJe 10/3/2014; e HC 244.275-SP, Sexta Turma, DJe 18/3/2013. RHC 53.828-ES, Rel. Min. , julgado em 14/4/2015, DJe 24/4/2015." (Informativo nº 554/STJ, período: 25 de fevereiro de 2015 –) "EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO E SUBMISSÃO DE ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO OU À EXPLORAÇÃO SEXUAL. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DOS CRIMES. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DESÍDIA NA TRAMITAÇÃO DA AÇÃO PENAL. 1. Este Supremo Tribunal assentou que a gravidade concreta do crime, o modus operandi da ação delitativa e a periculosidade do agente, evidenciada pelo risco de reiteração criminosa, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Precedentes. 2. Não há falar em excesso de prazo quando se adotam medidas possíveis para o julgamento dos recursos com a observância do direito de defesa do Paciente, considerada a pluralidade de réus e de defensores, e comprovação da complexidade da ação penal. 2. Ordem denegada." (HC 116864, Relator (a): , Segunda Turma,

julgado em 20/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-10-2013 PUBLIC 15-10-2013). Desta forma, restando evidenciada a presença de ao menos um dos fundamentos do art. 312 do CPPB, e, considerando que a aplicação das medidas alternativas encartadas no art. 319 e seguintes do CPP afigura-se como restrição insuficiente à hipótese dos autos, entende-se como inviável concessão do direito de recorrer em liberdade ao sentenciado. Do mesmo modo, como bem examinou a douta Magistrada de primeiro grau, o pedido de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar deve ser afastado, “mormente porque a defesa não juntou prova idônea e atualizada de que o denunciado seja o único responsável pelos cuidados de filho menor de 12 anos”. (sic). Ante todo o exposto, vota-se pela rejeição da preliminar aventada e, no mérito, pelo provimento parcial do Apelo para reduzir a pena-base do Apelante, fixando-se, em definitivo, a reprimenda do sentenciado em 13 (treze) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mantendo-se a sentença hostilizada em seus demais termos condenatórios. O presente acórdão serve como ofício. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador RELATOR (ASSINADO ELETRONICAMENTE)