

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

CLASSE: APELAÇÃO Nº 0000436-16.2008.8.05.0146
FORO: JUAZEIRO – 2ª VARA CRIMINAL
ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA
RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
APELANTE/APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA
PROMOTORA DE JUSTIÇA: ROBERTA MASUNARI
APELANTE/APELADO: DAMIÃO NUNES DOS SANTOS
DEFENSOR PÚBLICO: WESCLEI AMICÉS MARQUES PEDREIRA
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARILENE PEREIRA MOTA
ASSUNTO: ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 214, C/C O ART. 224, ALÍNEA A, TODOS DO CP. APELAÇÕES CRIMINAIS INTERPOSTAS PELO PARQUET E PELA DEFENSORIA PÚBLICA. 1. PLEITO DEFENSIVO POSTULANDO A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR FORAM COMPROVADAS PELO TERMO QUE DEMONSTRA A MENORIDADE DA VÍTIMA (12 ANOS DE IDADE), BEM COMO PELOS RELATOS CONSTANTES NOS AUTOS QUE DESCREVEM A PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS REALIZADOS CONTRA A OFENDIDA. 2. PLEITO DEFENSIVO PELO RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA. IMPROCEDÊNCIA. HÁ EFETIVA CONSUMAÇÃO QUANDO O AGENTE, MEDIANTE VIOLÊNCIA (PRESUMIDA QUANDO A VÍTIMA É MENOR DE 14 ANOS), PRÁTICA, COM CONTATO FÍSICO, ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. 3. PLEITO FORMULADO PELO MP PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. PROCEDÊNCIA. CONSTATA-SE DOS AUTOS A OCORRÊNCIA DE MAIOR GRAVIDADE REFERENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME PELO FATO DO INSURGENTE DIFICULTAR A POSSIBILIDADE DE FUGA E DE DEFESA DA VÍTIMA, TRANCANDO A PORTA DE SUA RESIDÊNCIA, O QUE DEMANDA O REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA INICIAL. 4. PLEITO FORMULADO PELO MP PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO, IMPROCEDÊNCIA. O QUANTUM DE PENA APLICADA DEMANDA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO, NA FORMA DO ART. 33, § 2º, B, DO CP. 5. CONCLUSÃO: VOTA-SE PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO INTERPOSTA POR DAMIÃO NUNES DOS SANTOS E PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA TORNAR NEGATIVA AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E REDIMENSIONAR A REPRIMENDA APLICADA.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000436-16.2008.8.05.0146, da Comarca de Juazeiro/BA, sendo Apelante e Apelados, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e DAMIÃO NUNES DOS SANTOS, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER e IMPROVER a Apelação interposta por Damião Nunes dos Santos e em

CONHECER e PROVER, EM PARTE, o Recurso interposto pelo Ministério Público, para tornar negativa as circunstâncias do crime e redimensionar a reprimenda para o quantum de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, na forma o art. 33, § 2º, b, do CP, nos termos do voto do Relator, conforme certidão de julgamento.

Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento.

Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 5 de Setembro de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

CLASSE: APELAÇÃO Nº 0000436-16.2008.8.05.0146
FORO: JUAZEIRO – 2ª VARA CRIMINAL
ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA
RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
APELANTE/APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA
PROMOTORA DE JUSTIÇA: ROBERTA MASUNARI
APELANTE/APELADO: DAMIÃO NUNES DOS SANTOS
DEFENSOR PÚBLICO: WESCLEI AMICÉS MARQUES PEDREIRA
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARILENE PEREIRA MOTA
ASSUNTO: ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ofereceu Denúncia contra DAMIÃO NUNES DOS SANTOS, por entender que este teria infringido o disposto no art. 214, c/c o art. 224, alínea a, e art. 14, II, todos do CPB.

Narrou a inicial (id 28027744):

“(…) No dia 19.04.2007, por volta das 11:00h, na Rua do Cajueiro, Bairro Cajueiro, nesta Urbe, DAMIÃO NUNES DOS SANTOS, ora denunciado, segurou a criança Allana Cavalcante Xavier (doze anos e sete meses à época do fato) pelo braço, arrastando-a para a residência daquele, onde o mesmo tentou constranger a menor, mediante violência presumida, a permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, não tendo logrado êxito em seu intento criminoso por circunstâncias alheias à sua vontade.

Emerge dos autos que na data e local supra mencionados, a ofendida foi forçada, pelo demandado, a adentrar o interior da residência deste, quando o mesmo trancou a porta, tapou a boca daquela, para evitar que a mesma gritasse, bem como ordenou-a que tirasse a roupa, tendo a menor negado-se a obedecer. Em seguida, a vítima ouviu Alan Gleison Cavalcante Navier, seu irmão, lhe chamar, oportunidade em que o acionado soltou a menor para olhar pela fresta da janela.

Nesse momento, a ofendida tentou destrancar a porta, sem lograr êxito, razão pela qual passou a gritar e a desferir chutes na porta, na intenção de ser ouvida por alguém. Diante da situação, suplicado decidiu abrir a porta, quando o irmão da vítima arremessou um pedaço de pau no indiciado, não tendo acertado o mesmo. Ato contínuo, Alan Gleison telefonou para a polícia, tendo relatado o ocorrido.

Emerge ainda do presente in folio que, na data supra citada, por volta das 10:00h, a ofendida avistou o indigitado bater no cadeado do portão da residência daquela, sendo que, no instante em que a mesma aproximou-se do local, o denunciado jogou, para dentro da residência desta, uma cédula de R\$ 5,00 (cinco reais). Após a ocorrência do delito supra narrado, a ofendida pediu ao seu irmão que devolvesse a referida quantia em dinheiro.

A prova da materialidade delitiva e os indícios de autoria restaram provados nos autos, através dos depoimentos colhidos em seara policial, o que autorizo Ministério Público a oferecer a inicial denunciatória.

Do exposto, incorreu o denunciado DAMIÃO NUNES DOS SANTOS sanção penal do artigo 214, c/c artigo 224, alínea a e artigo 14, II, todos do Código Penal Brasileiro (…)" (sic)

A Denúncia foi recebida, em 28/04/2010, (id 28027765).

A Resposta foi apresentada, no id 280282279.

Aditou-se a Denúncia, em 08/04/2021 (id 28028360), nos seguintes termos:

“(…) A conduta descrita na inicial tipificou a prática do delito previsto no artigo 214 c/c art. 224, a, e art. 14, II, todos do Código Penal – atentando violento ao pudor com violência presumida em sua modalidade tentada.

Salienta-se, por oportuno, que não obstante a revogação do citado artigo

através da Lei nº 12.015, de 7-8-2009, a conduta criminosa nele encetada foi aglutinada nos tipos penais dos artigos 213 e 217-A, ambos do Código Penal. Na hipótese temos como necessária, ope legis, a manutenção do revogado e citado artigo 214, porquanto trás em seu preceito penal secundário reprimenda inferior aos tipos penais dantes mencionados, aplicando-se a lei vigente à época do fato – tempus regit actum – ancorando-se, assim, no fenômeno da ultratividade da lei penal benéfica.

Ultrapassado esse necessário antelóquio passa-se ao aditamento, aduzindo que a exordial acusatória narra fato ocorrido no dia 19/04/2007, por volta das 11h00min, na Rua do Cajueiro, bairro Cajueiro, nesta comarca, circunstanciando situações onde o denunciado, DAMIÃO NUNES DOS SANTOS, mediante violência real (já contida na denúncia) – e não presumida – tentou constranger a menor, ALLANA CAVALCANTE XAVIER (doze anos e sete meses à época do fato) a permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, não tendo logrado êxito em seu intento criminoso por circunstâncias alheias à sua vontade, consubstanciada na intervenção do irmão da vítima, conforme narrativa na peça vestibular que ora se repara.

Ocorre que, encerrada a instrução probatória verifica-se a possibilidade de nova definição jurídica do fato em consequência de prova existente nos autos, mais especificamente das declarações prestadas pela vítima e no depoimento prestado pelo irmão daquela, consistente na demonstração de elementar do tipo que revela a consumação do ilícito em detrimento da modalidade tentada consignada na proemial.

A esse propósito, trechos das falas da vítima do seu irmão colhidos em juízo:

ALAN GLEISON CAVALCANTE XAVIER, testemunha de acusação, irmão da vítima:

(...) que uma das meninas foi em sua casa dizer que sua irmã tinha entrado dentro da casa de DAMIÃO; Que saiu correndo e foi até o local; que quando chegou lá sua irmã estava gritando por socorro; que de imediato chutou a porta e pegou um pedaço de pau de madeira; que viu que DAMIÃO já tinha baixado o short de sua irmã; (...) que quando chegou presenciou que sua irmã estava com o short baixo; que foi o depoente quem subiu o short de sua irmã; (...)

ALLANA CAVALCANTE XAVIER, vítima:

(...) que tinha o réu mandado para ela ir para a casa dele; que ela não foi; que ela não foi, mas quando ela estava brincando na rua ele levou ela para casa; que o réu lhe levou arrastada para dentro de casa; que estava brincando; (...) que o réu tentou fazer alguma coisa e não conseguiu; que viu pela fresta da porta seu irmão passando; que o réu lhe levou arrastada; que ele tentou fazer alguma coisa; que estava de vestido; que ele lhe levou para outro quarto; que teve a boca tampada; que a janela e a porta eram de madeira; que gritou por seu irmão; que eu irmão estava gritando; que seu irmão chutou a porta, entrou e tirou de lá; que estava de vestido; que estava com vestido preto; que o réu tentou tirar da parte de cima; que o réu tocou seus seios e queria colocar a boca; (...) que seu braço e pescoço estavam com a marca da boca do réu; que ele tentou tirar sua roupa; que o réu conseguiu tirar a parte de cima; que pegou no seio

dela e colocou a boca também; (...) que o réu tocou na parte de cima; que o réu tocou em tudo, só não houve penetração; que o réu, com suas mãos, tocou em tudo, seios, vagina, tudo, só não houve penetração; que o réu conseguiu beijar seus seios; que conseguiu tirar a roupa quando beijou; que não entendia o que o réu estava fazendo naquela época; que sabia por cima o que era sexo.(...)

Depreende-se, assim, da prova produzida que o denunciado após arrastar a vítima para o interior de sua casa no escopo de satisfazer sua concupiscência pôs, à força, os seios da vítima em sua boca, além de tocar nas partes íntimas da mesma, conforme detalhado em suas declarações que em delitos desta natureza assume especial relevância.

Diante do exposto, DAMIÃO NUNES DOS SANTOS está incurso nas penas do delito de atentado violento ao pudor em sua forma consumada, tipificado no artigo 214 do código Penal, pelo que o Ministério Público com esteio no artigo 384, §§ 2º e 4º, do Código de Processo Penal requer seja ouvida a defesa, no prazo de lei e, após, admitido o presente aditamento, seja designada data para oitiva de testemunhas eventualmente arroladas pela defesa e novo interrogatório do réu, prosseguindo o feito nos seus ulteriores termos. (...)"

A Defensoria Pública manifestou-se sobre o aditamento da Denúncia, no id 28028364.

Recebeu-se o aditamento, em 05/07/2021, (id 28028365).

O Ministério Público e a Defensoria Pública apresentaram, respectivamente, suas alegações finais, nos ids. 28028397 e 28028403.

Ultimada a instrução criminal, foi prolatada sentença, em 16/02/2022 (id 28028404), que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando Damião Nunes dos Santos pela prática do delito previsto no art. 214 c/c o art. 224, a, ambos do CP, sendo-lhe fixada a pena em 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

A Defensoria Pública e o Ministério Público foram intimados pelo portal eletrônico, respectivamente, em 24/02/2022 (id 28028412) e em 23/02/2022 (id 28028410). Damião Nunes dos Santos foi intimado, pessoalmente, em 04/04/2022 (id 28028428).

Inconformado, o Parquet interpôs Recurso de Apelação em 24/02/2022 (id 28028411). Em suas razões (id 28028420), pleiteou-se o provimento do Recurso de Apelação para exasperar a pena-base pelo delito previsto no art. 214, parágrafo único, c/c art. 224, a, ambos do Código Penal em razão das circunstâncias e consequências do crime, a ser fixada em 07 (sete) anos de reclusão, em regime fechado. Ao final, foram prequestionados os artigos 59, 214 e 224, todos do Código Penal.

Nas contrarrazões (id 28028424), a Defensoria Pública pugnou pelo improvimento do Recurso interposto pelo Parquet.

Inconformada, a Defensoria Pública interpôs Recurso de Apelação em 24/02/2022 (id 28028413). Em suas razões (id 28028423), pleiteou-se a

absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugnou-se pelo reconhecimento da forma tentada, com aplicação da fração redutora máxima.

Nas contrarrazões (id 28028427), o Ministério Público pugnou pelo improvimento do Recurso interposto.

No parecer (id 28764009), a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento dos Recurso interpostos.

É o relatório.

Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

CLASSE: APELAÇÃO Nº 0000436-16.2008.8.05.0146
FORO: JUAZEIRO – 2ª VARA CRIMINAL
ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA
RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
APELANTE/APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA
PROMOTORA DE JUSTIÇA: ROBERTA MASUNARI
APELANTE/APELADO: DAMIÃO NUNES DOS SANTOS
DEFENSOR PÚBLICO: WESCLEI AMICÉS MARQUES PEDREIRA
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARILENE PEREIRA MOTA
ASSUNTO: ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

VOTO

1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Conhece-se dos Recursos interpostos, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos para as suas admissibilidades.

2. MÉRITO

Compulsando os autos, percebe-se que o pleito absolutório formulado pela Defensoria Pública não merece provimento, devendo a condenação de Damião Nunes dos Santos ser mantida pela prática do atentado violento ao pudor praticado contra a menor Allana Cavalcanti Xavier.

Muito embora o apelado tenha negado tais fatos em juízo, há nos autos elementos suficientes para ensejar a sua condenação.

Nesse sentido, a autoria e a materialidade estão demonstradas pela identificação da ofendida no termo constante no id 28027752 que informa que esta vítima nasceu em 03/09/1994, possuindo, portanto, 12 anos e 07 meses de idade na data do fato (19/04/2007), bem como pelos relatos e

depoimentos prestados pela vítima e testemunha do ocorrido.

Seguem, logo abaixo, os relatos supracitados:

“(…) que estava brincando na rua, por volta de meio dia, que o réu passou, que ele estava passando pra lá e pra cá e lhe puxou pra dentro da casa dele; que fechou a porta e ficaram atrás da porta; que o réu tapou sua boca; que quando o irmão passou gritando seu nome, ele foi olhar e a declarante conseguiu gritar; que seu irmão chutou a porta e conseguiu abrir; que o réu tirou parte do seu vestido e tocou seus seios e colocou a boca em seus seios; que ficaram marcas da boca do réu no braço e no pescoço; que tocou todo seu corpo, sua vagina, seios, só não houve penetração; que conseguiu se desvencilhar quando o irmão passou gritando seu nome, o réu foi olhar e ela conseguiu correr para o quarto e gritou da janela do quarto e seu irmão lhe ouviu; que o irmão chutou a porta, abriu e lhe puxou pelo braço, o irmão de um lado e o réu do outro lado; que seu irmão não agrediu o réu; que morava na mesma rua; que conhecia todo mundo, brincava com a filha dele e com o réu era contato de “oi”; que ficou com marcas dessas mordidas no braço, pescoço e barriga; que sobre o que o réu disse que a declarante teria tentado pegar sessenta e cinco reais na casa do mesmo, não seria verdade, que não sabia nem que o réu tinha esse dinheiro e “como entraria na casa dele?”; que não aconteceu de seu irmão jogar cinco reais na casa do réu; que o que aconteceu foi que o réu tinha jogado cinco reais no quartinho onde eles moravam, que ele passou pra lá e pra cá, estando a vítima jogando bola e quando voltou e ele a puxou pra casa dele; que na volta com o irmão pra casa que encontraram lá os cinco reais que ele tinha jogado; que não pegou cinco reais, ele que jogou; que não sabe porque ele jogou o dinheiro no quartinho onde moravam; que deduziu que o réu que tinha jogado porque o viu saindo de lá; que em nenhum momento tinha acesso a casa dele; que não andava na casa de ninguém; que fora esse fato, o réu não tentou outro ato libidinoso com a mesma (…)” (Declaração prestada em Juízo pela vítima Allana Cavalcante Xavier, extraída da sentença constante no id 28028404)

Por fim, o irmão da vítima, a testemunha Alan Gleison Cavalcante Xavier afirmou, em juízo, o que segue:

“(…) que estava em casa e sua mãe tinha ido trabalhar; que costumava olhar a irmã; que nesse dia deixou a irmã ir brincar na porta com as amigas; que a irmã demorou, saiu procurando pela rua e ouviu os gritos vindos da casa de Damião, de socorro; que chutou a porta, que forçou e abriu; que pegou um pedaço de madeira; que viu o réu tentando baixar o short dela, que já estava baixo; que a irmã não esmiuçou o que aconteceu; que ela estava nervosa; que sobre o dinheiro, o réu teria jogado o dinheiro e disse “toma aí”, na casa dele; que não viu marcas no corpo da irmã; que foi a primeira vez que a irmã teve contato com o réu, que o declarante tenha visto; que após os fatos o réu tirava sarro da cara deles, do declarante e da irmã; que a irmã estava de short e blusa; que o short estava baixo; que o réu estava tentando baixar a calcinha; que não sabe detalhes do que aconteceu lá dentro, que sabe do que viu; que o réu tirava sarro deles: “que se pegasse fazia de novo”; que o réu era casado, acha, que tinha sempre uma mulher e criança com ele, mas nesse dia não estava; que não sabe falar de outros fatos envolvendo o réu; que depois do ocorrido se mudaram de lá e não tiveram mais contato com o réu (…)” (Depoimento prestado em Juízo por

Alan Gleison Cavalcante Xavier, extraída da sentença constante no id 28028404)

Os fatos descritos demonstram que no dia 19/04/2007, o insurgente Damião Nunes dos Santos segurou a menor Allana Cavalcante Xavier pelo braço, arrastando-a para dentro de sua residência, com a porta trancada, tendo este réu praticado atos libidinosos consistentes em carícias em partes como seios e vagina, mordidas no braço, seios, pescoço e barriga, tendo, em seguida, tapado a boca daquela ofendida para evitar que gritasse por socorro e ordenado que tirasse a roupa. Ao perceber que Alan Gleison Cavalcante Xavier, seu irmão, se aproximava daquele local, a vítima tentou destrancar a porta, sem êxito e, ato contínuo, passou a chutá-la, visando ser ouvida por alguém. Em razão do descontrole da situação, o insurgente decidiu abrir a porta, momento em que o irmão da vítima arremessou-lhe um pedaço de pau, conseguiu com que sua irmã saísse do local em, em seguida, telefonou para a polícia, relatando o ocorrido.

Assim, aponta-se que o insurgente buscou satisfazer sua lascívia praticando atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra uma vítima de 12 (doze) anos de idade, conduta que configurava, à época dos fatos, o delito de atentado violento ao pudor, previsto no antigo art. 214, parágrafo único, c/c art. 224, a, do Código Penal.

Logo, apesar da clandestinidade do delito e da conduta delitiva caracterizar-se por carícias praticadas na menor, ou seja, atos superficiais que não deixam vestígios periciáveis, entende-se, pelo princípio do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP, que há material probatório suficiente a comprovar tais crimes sexuais, quais sejam, os relatos prestados pela ofendida e testemunha do fato.

A fim de reforçar o valor probante dos relatos prestados por vítimas de crimes sexuais praticados na clandestinidade, colaciona-se o julgado proferido pela Corte da Cidadania, logo abaixo:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (...) PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. (...) CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE DIFERENCIADO. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIGURADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. (...) 10. A jurisprudência é assente no sentido de que, nos delitos contra liberdade sexual, por frequentemente não deixarem testemunhas ou vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito. (...) 14. O delito em questão (estupro de vulnerável: art. 217-A do Código Penal) se perfez com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, daí a irrelevância de se certificar, na espécie, da consumação de atos sexuais. Precedentes. (...) (REsp n. 1.659.662/CE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/4/2017, DJe de 19/4/2017.)

Por fim, impõe-se esclarecer, como já dito, que este delito não demanda a prática de conjunção carnal para a sua consumação, sendo configurado por outras condutas lascivas que apontem a ocorrência de um ato libidinoso. Dessarte, a despeito do argumento defensivo que, para além do pleito

absolutório, busca, subsidiariamente, o reconhecimento da causa de diminuição da tentativa, entende-se que há efetiva consumação quando o agente, mediante violência (presumida quando a vítima é menor de 14 anos) ou grave ameaça, pratica qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, demandando-se, para tanto, o contato físico entre autor e ofendida, razão pela qual, sendo confirmado o toque físico, afasta-se a modalidade tentada.

Neste sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTATO FÍSICO ENTRE AGRESSOR E VÍTIMA. CONSUMAÇÃO. ATOS LIBIDINOSOS. RECONHECIMENTO DAS CONDUTAS CONCUPISCENTES. 1. O crime de atentado violento ao pudor resta consumado quando, evidenciada a existência de contato físico entre o agressor e sua vítima, mediante violência ou grave ameaça, ainda que o agente seja impedido de prosseguir na prática de atos libidinosos por fatores alheios à sua vontade. Precedentes. 2. Recurso provido para, reformando o acórdão recorrido, reconhecer a consumação do crime de atentado violento ao pudor." (REsp nº 1.021.447/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 11/5/2009)

Ante o exposto, sendo inviáveis os pleitos absolutório e de reconhecimento da modalidade tentada, impõe-se a manutenção da condenação do insurgente pela prática do crime de atentado violento ao pudor praticado contra a menor Allana Cavalcante Xavier.

3. DOSIMETRIA

No tocante aos pleitos formulados pela Acusação para modificação da reprimenda, estão a elevação da reprimenda-base, com a negatивação das circunstâncias e conseqüências do crime e, a adoção do regime de cumprimento de pena no inicial fechado.

Analisando-se as referidas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, percebe-se que não há elementos que demonstrem a necessidade de uma maior reprovabilidade para o vetor das conseqüências, vez que não foi comprovada a existência de qualquer lesão mais intensa que decorresse do crime praticado.

Por outro lado, observa-se que as circunstâncias possuem, de fato, uma gravidade que demanda a elevação da pena-base, o que é comprovado pelo fato do insurgente ter trazido à força uma menor para dentro de sua residência e ter-lhe dificultado a possibilidade de fuga, trancando a porta. Esta circunstância, portanto, traz maior reprovabilidade ao delito praticado, razão pela qual deve ser reputada como desfavorável.

Em decorrência da negatивação da circunstâncias do crime, deve ser elevada a pena-base. Entretanto, entende-se 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 no tipo penal 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.

A respeito do tema em voga, revela-se oportuno trazer à baila o teor do julgamento do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.577.063, em qual a Corte Cidadã reafirmou orientação jurisprudencial no sentido de que não existem parâmetros legais aritméticos para a fixação da pena-base, devendo esta ser estabelecida conforme o princípio da discricionariedade motivada e dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Conforme bem salientado no bojo do voto proferido pelo eminente Ministro Nefi Cordeiro, Relator do feito em comento, haja vista a ausência de determinação legal expressa acerca de eventual critério matemático a ser empregado para a fixação da pena base, ou para a aplicação de circunstâncias atenuantes e agravantes, caberá ao Julgador, dentro do âmbito da discricionariedade motivada e atento às balizas da razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie.

Confira-se, a seguir, a ementa do aresto supracitado, bem como o teor do brilhante voto proferido pelo ilustre Ministro Relator:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESE DE FALTA DE PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há parâmetros legais aritméticos para a exasperação da pena-base, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 2. A exasperação da pena-base em 6 meses para cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não reflete desproporcionalidade, tendo em vista, inclusive, as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão. 3. Agravo regimental improvido. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): Trata-se de agravo interposto em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial. Sustenta a defesa que resta demonstrado neste especial que a conjugação dos arts. 59 e 68 do Código Penal está a exigir, e isto como forma de atendimento de parâmetros constitucionais e legais acerca do standard de fundamentação que deve conter qualquer decisão judicial, a demonstração, nela, dos critérios utilizados para o incremento da pena-base como consequência da negativação de circunstâncias judiciais, os quais devem ser referidos unicamente à quantidade de vetores negativados (fl. 297) e que a decisão da Corte local não atende ao standard de fundamentação esperado para uma decisão judicial de apenamento, porque não traz a justificação adequada para a exasperação da pena-base no montante

por si operado segundo critérios mais precisos, em ordem a atender as implicações lógico-jurídicas da conjugação dos arts. 59 9 e 68 8 do Código Penal l, cujos dispositivos, por isso mesmo, restaram por si violados (fl. 297). Defende a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do recurso pela Sexta Turma. Impugnação apresentada. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): A decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, foi assim proferida: O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, à análise do mérito. Consta dos autos que a recorrente foi condenada à pena de 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais 20 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, assim consignando (fl. 213): Finalmente, a apelante se insurgiu contra a fração de aumento aplicada em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, pugnando pela sua redução. Neste contexto, consigno que, diferentemente das causas de aumento da pena, incidentes na terceira fase dosimétrica, não há na fixação da reprimenda basilar patamar legal pré-estabelecido de exasperação em razão da cada uma das circunstâncias tidas por desfavoráveis, devendo o quantum ser fixado de acordo com o prudente arbítrio do magistrado. No caso em análise, observada a discricionariedade do julgador quando da aplicação das penas, considero que o fixado, consistente em 6 meses acima do mínimo legal para quantum cada uma das circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, além de 6 meses pela reincidência, é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em tela, não havendo razão para redução da pena. Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória. A propósito, a sentença condenatória referiu (fls. 147-148): Em observância as diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a dosar-lhe a pena. O Código Penal atribui para o crime, a pena de reclusão de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. Verificando as condições da acusada e do crime, passo a dosimetria da pena, atento as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Culpabilidade – Entendo que não se desgarra da normalidade. Antecedentes – A ré registra maus antecedentes, já que possuía na época dos fatos ora em apuração, ao menos duas condenações definitivas, conforme se denota da certidão de antecedentes criminais em anexo, portanto, utilizo a condenação oriunda da ação penal de nº 7395-77.2014.811.0064, que estava juntado aos autos da execução penal de código 634471, que tramitou nesta Comarca, para valorar negativamente essa circunstância e outra condenação, oriunda da ação penal de nº 8311-37.2010.811.0037, que está juntado aos autos da execução penal de código 659286, em trâmite nesta Comarca, será considerada como circunstância agravante da reincidência. Sobre a utilização de uma condenação como circunstância judicial e outra como circunstância agravante, temos o seguinte julgado: 'APELAÇÃO CRIMINAL ROUBO MAJORADO E FALSA IDENTIDADE. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. USO DA MULTIRREINCIDÊNCIA PARA AUMENTAR A PENA INICIAL E DEPOIS AGRAVÁ-LA NA SEGUNDA FASE. OPERAÇÃO PERFEITAMENTE LEGAL RECODESPROVIDO. A constatação da multirreincidência autoriza a exasperação da pena-base, como maus antecedentes, e o agravamento pela reincidência propriamente dita, quando pautada em condenações distintas, não havendo se falar em bis in idem ou ofensa à Súmula n. 241 do STJ. (11MT; APL 93775/2016; Capital; Rel. Des. Orlando de Almeida Per7i; Julg. 23/08/2016;

DJMT 25 1081 2016; Pág. 80)". Conduta Social – Não restou demonstrada. Personalidade da Agente – Não há elementos para se aquilatar. Motivos – Não ficaram esclarecidos. As Circunstâncias no caso são desfavoráveis, tendo em vista que a ré praticou o fato utilizando-se de arma branca, tipo canivete e, apesar de ter ocorrido a revogação da causa de aumento de pena descrita no inciso 1, do 5º, do art. 157, do Código Penal, sob meu prisma, essa circunstância deve ser valorada de forma negativa, pois o roubo praticado com a utilização de qualquer tipo de arma imprópria ou branca, é mais grave que a simples ameaça verbal, portanto, merece a devida valoração. Consequências – A meu ver não foram graves. Comportamento da Vitima – Entendo que não contribuiu para a atividade criminosa. Após análise das circunstâncias judiciais, considero que elas são parcialmente desfavoráveis à ré, tendo em mira os maus antecedentes e as circunstâncias do crime, as quais valoro como negativas, portanto, fixo a pena base do delito em 05 (cinco) anos de reclusão. Como se vê, as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base em 1 ano, com apoio na valoração negativa de duas vetoriais: antecedentes e circunstâncias do crime. Vale destacar que a lei não fixa parâmetros aritméticos para a exasperação da pena-base ou para a aplicação de atenuantes e de agravantes, cabendo ao magistrado, utilizando-se da discricionariedade motivada, além de sempre se pautar por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie. Na hipótese, tem-se que o aumento de 6 meses em razão de cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não se revela desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão – e, sobretudo, considerando-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 (HC 531.187/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019.) Impõe-se, portanto, a manutenção do acórdão recorrido, incidindo, no ponto, o óbice contido na Súmula 83/STJ – também empregado em recursos interpostos com fulcro na alínea a do permissivo constitucional –, segundo a qual Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Consoante relatado, a exasperação da pena-base em 1 ano, pela valoração negativa de duas vetoriais, não revela qualquer desproporcionalidade, considerando que, nos termos da jurisprudência desta Corte, não há parâmetros legais aritméticos para a exasperação da pena-base, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada, e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Nesse contexto, o aumento de 6 meses em razão de cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não reflete qualquer desproporcionalidade a ser reparada na via do especial, tendo em vista, inclusive, as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão. A propósito: 'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. AUSÊNCIA DE QUESITO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA N. 282 DO STF. DEFESA PRECÁRIA E FALTA DE ENTREVISTA PRÉVIA COM O DEFENSOR. NULIDADES SUSCITADAS. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZOS NÃO DEMONSTRADOS. QUALIFICADORAS. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO VEREDITO POPULAR. EXISTÊNCIA DE SUPORTE

PROBATÓRIO A EMBASAR O ÉDITO REPRESSIVO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria da pena. Assim, o magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidirá o quantum de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Hipótese em que foram utilizados elementos concretos e idôneos para justificar a desvalorização das vetoriais e a elevação da sanção. Agravo regimental não provido' (AgRg no AREsp 951.953/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019). 'AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A quantidade da droga apreendida constitui fundamento válido para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2003. 2. Não há falar em ofensa à proporcionalidade, diante do quantum da pena aplicado pelas instâncias ordinárias na exasperação da pena-base, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito de tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão), uma vez fundamentado em elementos concretos e dentro do critério de discricionariedade vinculada do magistrado. 3. Na espécie, o aumento da pena-base em 3 anos acima do mínimo legal ocorreu dentro dos patamares de razoabilidade e proporcionalidade, porquanto presentes elementos concretos que evidenciam maior culpabilidade e maior reprovação da conduta em vista da expressiva quantidade de drogas apreendidas, somando quase 5 kg de maconha. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 522.081/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019). ' Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.' (AgRg no AREsp 1577063/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020 – Grifos acrescidos)

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): ROSA WEBER, 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, Relª. Minª. Rosa Weber). (...) (HC 188621 AgR, Relator (a): ROBERTO BARROSO, 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): EDSON FACHIN, 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 ESPEQUE 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 RIBEIRO DANTAS, 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 LAURITA VAZ, 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.

No caso do crime descrito no art. 214, c/c o art. 224, alínea a, o limite de aplicação entre as penas mínima e máxima cominadas é de 08 (oito) anos. Subtraindo deste valor a pena mínima, 06 (seis) anos, encontra-se o intervalo de 02 (dois) anos, a ser dividido pelo número de circunstâncias judiciais.

Nessa linha, dividindo-se o referido intervalo pelas 08 (oito) circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, resulta o valor aproximado de 03 (três) meses para cada uma delas.

No presente caso, como foi valorada a circunstância do crime, a reprimenda-base do crime do art. 214, c/c o art. 224, alínea a deve ser redimensionada para 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, valor para o qual se readequa a sanção imposta na sentença, reprimenda que se torna definitiva ante a ausência de circunstâncias agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição de pena.

O regime de cumprimento será mantido no semiaberto, na forma do art. 33, § 2º, b, do CP.

Por fim, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do CP, deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO e pelo IMPROVIMENTO da Apelação interposta por Damião Nunes dos Santos e pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL do Recurso interposto pelo Ministério Público, para tornar negativa as circunstâncias do crime e redimensionar a reprimenda definitiva para o quantum de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, na forma o art. 33, § 2º, b, do CP.

Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento.

Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
Relator