

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700816-88.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E ESTUPRO – ARTIGOS 157, º 2º-A, INCISO I, E 213, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RECORRENTE CONDENADO, REPRIMENDA FIXADA EM 13 (TREZE) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 155 (CENTO E CINQUENTA E CINCO) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS.

PLEITOS RECURSAIS.

PRELIMINARMENTE:

I – DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. INCOMPETÊNCIA DESTA TURMA EM FASE DE CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAS.

NO MÉRITO:

II – DA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DE CONDUTA OU PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPROVIMENTO. PALAVRA DA VÍTIMA TEM ESPECIAL IMPORTÂNCIA NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. OS CRIMES DE ROUBO E ESTUPRO FORAM COMETIDOS EM CONCURSO MATERIAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL, COM DESÍGNIOS TOTALMENTE AUTÔNOMOS NAS AÇÕES PERPETRADAS PELO RECORRENTE.

III – DO AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ROUBO COMETIDO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. IMPROVIMENTO. APREENSÃO E PERÍCIA PRESCINDÍVEIS PARA O AUFERIMENTO DA MAJORANTE, QUANDO IDENTIFICADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. VÍTIMA CONSISTENTE EM IDENTIFICAR O USO DA..... PRECEDENTES DO STJ.

IV – DO REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. NÃO HÁ RAZÃO EM REQUERER A TOTAL DESCONSIDERAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA, POSTO QUE A CULPABILIDADE DEVE SER COMPREENDIDA COMO JUÍZO DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA, OU SEJA, A MAIOR OU MENOR REPROVAÇÃO DO COMPORTAMENTO DO RÉU, SENDO ESTE DESCRITO E FUNDAMENTADA A EXASPERAÇÃO NA DOSIMETRIA COM BASE NA MULTIPLICIDADE DE ATOS LIBIDINOSOS PRATICADOS CONTRA A VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO.

ENTRETANTO, ASSISTE RAZÃO A PRETENSÃO RECURSAL PARA A CORREÇÃO DO QUANTUM IMPOSTO NA PRIMEIRA FASE DO PROCESSO DOSIMÉTRICO DE PENA, SENDO A FRAÇÃO CORRETA A DE 1/8 (UM OITAVO). PRECEDENTES DO STJ. JÁ NO QUE CONCERNE À CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, DEVE SER APLICADA CONFORME A FRAÇÃO IDEAL DE 1/6 (UM SEXTO).

TODAVIA, NÃO PODE A MINORANTE, DIMINUIR A PENA DE ROUBO ABAIXO DO MÍNIMO PENAL, RESPEITANDO-SE A SÚMULA 231 DO STJ.

V – DO DIREITO DE AGUARDAR TRÂNSITO EM JULADO EM LIBERDADE. NEGADO. REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. NA HIPÓTESE, A CUSTÓDIA CAUTELAR ESTÁ SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DIANTE DO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA DO AGENTE, POIS O RÉU REGISTRA DIVERSOS OUTROS PROCESSOS EM ANDAMENTO, ALÉM DE TER CONFESSADO SER ESTUPRADOR CONTUMAZ.

VI – DO AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. IMPROVIMENTO. MULTA É PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL. PENA DE MULTA NÃO É ALTERNATIVA À PENA DE RECLUSÃO. PRESENÇA DE CONJUNÇÃO ADITIVA NAQUILO TIPIFICADO EM LEI. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

CONCLUSÃO: APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E PROVIDA EM PARTE. MANTIDA CONDENAÇÃO E REDIMENSIONADA A PENA ORIGINAL PARA 12 (DOZE) ANOS E 11 (ONZE) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 150 (CENTO E CINQUENTA) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS). Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, tombados sob nº. 0700816-88.2021.8.05.0001, oriundos da 7ª Vara Criminal de Salvador/BA, tendo como recorrente e como recorrido o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER EM PARTE da apelação, julgando-a PROVIDA EM PARTE NA EXTENSÃO CONHECIDA, de acordo com o voto da Relatora, que foi vertido nos seguintes termos:

Salvador, .

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade  
Salvador, 16 de Agosto de 2022.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700816-88.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por , devidamente assistido pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, contra a sentença condenatória ao id. 26142418, págs. 01/28, prolatada pelo M.M. Juízo da 7ª Vara Criminal de Salvador/BA em 18/01/2022, a qual o condenou como incurso nas penas do artigos 157, § 2º-A, inciso I; e 213, caput, ambos do Código Penal, impondo-lhe a reprimenda de 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente FECHADO, bem como o pagamento de 155 (cento e cinquenta e cinco) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Consta da exordial acusatória, ao id. 26142247, págs. 01/07, em 01/02/2021, com base no Inquérito Policial nº 021/2021, advindo da 12ª Delegacia Territorial de Itapoã/BA, em suma, que no dia 11/11/2018, por volta das 09h00min, na Avenida Ladeira da Praia, próximo a academia Hammer, bairro Stella Maris, Salvador/BA, o suplicante subtraiu da vítima, , mediante ameaça exercida com emprego de arma de fogo, seu aparelho celular, um Samsung, modelo J5 prime, cor preta. Em seguida, levou a vítima para as dunas próximas ao local do roubo e a constrangeu a praticar atos libidinosos e ter conjunção carnal.

Nestes termos, o Parquet ofereceu denúncia em desfavor do recorrente, sendo aquela recebida via decisão interlocutória ao id. 26142330, pág. 1, em 02/02/2021, deflagrando a marcha processual da qual adveio sentença penal condenatória, decretando a procedência em parte da ação, conforme supracitado.

Ciente do teor da sentença, o apelante irresigna-se com o decisum, juntando as razões do presente recurso de apelação ao id. 26142439, págs. 01/16, em 24/02/2022, nas quais requer, quanto à matéria do processo: I – absolvição do crime previsto no artigo 157 do Código Penal, por atipicidade da conduta, conforme o artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal; II – caso seja mantida a condenação, que seja retirada a majorante do emprego de arma de fogo, presente no § 2º-A, inciso I do artigo supracitado; III – caso se mantenha a condenação no artigo amealhado, que seja redimensionada, no sentido de que III. A – sejam positivadas todas as circunstâncias judiciais presentes no artigo 59 do Código Penal, ou que sejam calculadas no seu patamar mínimo; III. B – seja aplicada a pena intermediária aquém do mínimo legal, em razão da confissão espontânea, nos termos do artigo 65, inciso III, d do Código Penal Pátrio.

Ademais, requer o apelante: IV – a concessão do direito de aguardar o trânsito em julgado do processo em liberdade; V – o afastamento da pena de multa; VI – a concessão dos benefícios oriundos da gratuidade de justiça, conforme artigo 98 do Código de Processo Civil.

O Ministério Público, igualmente inteirado da decisão, abstém-se de interpor recurso próprio. Entretanto, ficando a par das razões do recorrente, apresenta suas contrarrazões, ao id. 26142442, págs. 01/10, em 06/03/2022, nas quais, em suma, tenciona refutar os argumentos da peça defensiva, requerendo seu conhecimento parcial e improvimento naquilo conhecido. Argumenta pelo não conhecimento apenas do pleito defensivo de concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, tencionando evitar a supressão de instância, visto que a competência para tal pedido caberia a, se for o caso, o juízo executório competente.

Encaminhados os autos à Douta Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, esta se manifestou por meio do parecer ao id. 30972636, págs. 01/28, em 05/07/2022, argumentando pelo conhecimento e provimento parcial do apelo defensivo, concordando com a defesa somente no que concerne ao redimensionamento da pena de multa aplicada ao apelante.

Relatados os autos, encaminhei-os ao douto desembargador revisor, o qual solicitou a inclusão do feito em pauta para julgamento.

Salvador/BA, de de 2022.

Desa. – 1ª Câmara Crime 2ª Turma  
Relatora

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700816-88.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

## VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço em parte da apelação, afastando-se somente o pleito quanto à gratuidade de justiça, por motivos que serão expostos a seguir:

## I – DO PLEITO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA.

Requer o recorrente das Virgens a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, pois proclama não possuir condições de arcar com as custas do processo. Entretanto, não pode tal requisição ser conhecida por este juízo ad quem, com fulcro no artigo 804 do Código de Processo Penal e conforme o entendimento assentado do Superior Tribunal de Justiça, demonstrado em diversos acórdãos recentes, como aqueles abaixo transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DECORRENTE DA FALTA DE REGISTRO ESCRITO DA sentença condenatória. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES N.º 282 DA SUPREMA CORTE E N.º 211 DESTA CORTE SUPERIOR. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES SOBRE A PRÁTICA DO ILÍCITO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A tese de nulidade decorrente da falta de registro escrito da sentença condenatória não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem. Carece a questão, portanto, de prequestionamento, incidindo as Súmulas n.º 282 da Suprema Corte e n.º 211 desta Corte Superior.

2. Nos termos do artigo 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante, não se prestando como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade. 3.

O tráfico ilícito de drogas é delito permanente, podendo a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão.

4. No caso concreto, a entrada na residência pela autoridade policial foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática do crime, mormente pelo fato de que existiam denúncias apontando o Agravante como traficante local, sendo que os milicianos visualizaram o Acusado portando porções da droga. O Réu, ao perceber a presença dos agentes da lei, tentou dispensar os entorpecentes.

5. A concessão do benefício da gratuidade da justiça não exclui a condenação do Acusado ao pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos. Ademais, a

análise da miserabilidade do Condenado, visando à inexigibilidade do pagamento das custas, deve ser feita pelo Juízo das Execuções.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1371623/SC, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. artigo 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, POR ENTENDER QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVER TAL ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS INFORMANDO QUE O RÉU EXERCE A ATIVIDADE DE TRAFICANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.

COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Apesar de o réu ser primário e possuir bons antecedentes, a jurisprudência aceita que a dedicação a atividades criminosas ou a integração a organizações criminosas sejam aferidas por outros meios, como por exemplo: a apreensão de substancial quantidade de droga atrelada a petrechos; a existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento; ou, até mesmo, em razão de notícias anônimas e depoimentos de policiais em juízo informando que o réu é amplamente conhecido por exercer a atividade de traficante na região, como é o caso dos autos.

2. Ademais, modificar o entendimento do Tribunal de origem para reconhecer que o agravante não se dedica à prática de atividades criminosas e, com isso, preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos.

3. Cabe ao Juiz da execução aferir acerca da assistência judiciária gratuita. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1368267/MG, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 02/04/2019)

Por tais fundamentos, observa-se a incompetência absoluta desta Corte, na atual fase processual, para a análise de tal matéria, limitando-se apenas à sua competência residual mínima – “Kompetenzkompetenz” –, para declarar de ofício o não conhecimento do pedido relativo à isenção de custas processuais.

Passo, então, à análise meritória da apelação.

## II – DA ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ROUBO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA.

Conforme relatado alhures, requer o apelante a absolvição por atipicidade da conduta, argumentando que o delito de roubo não pode lhe ser atribuído, pois, jamais teve a vontade de subtrair para si o bem, apenas se apoderou do celular da vítima para garantir a consumação do estupro. Ou seja: parece alegar a atipicidade da conduta por ausência do elemento subjetivo do tipo, ou uma espécie consunção que estabelece o tipo de roubo como crime meio e o estupro como crime fim. Neste sentido, lembra o fato de que vem negando, desde o Inquérito Policial, o cometimento do roubo:

INTERROGATÓRIO INQUISITORIAL DO RÉU, AO ID, 26142264 PÁG. 35/37: “(...) PERG.: O interrogado já foi preso ou processado? RESP.: Afirmativamente. Que foi preso pela prática de furto no bairro de Stella Mares no ano de 2013. PERG.: O interrogado faz uso de alguma substância ilícita? RESP.: Que deixou de fumar maconha há aproximadamente 03 anos e atualmente só faz ingestão de cachaça e faz uso regular de Rivotril e Diazepam pela manhã e a noite. PERG.: Qual a atividade lícita do interrogado e quanto percebe mensalmente? RESP.: Que faz capina e poda, assim como limpa coqueiros, ganhando aproximadamente R\$ 500,00 mensais. PERG.: O interrogado tem filhos? RESP.: Afirmativamente. Que tem dois filhos homens, um de 17 anos e o outro de 18 anos, são normais e residem com a mãe. PERG.: A quem o interrogado gostaria de comunicar a sua prisão RESP.: Quer comunicar a sua namorada através do número (71) 99724-7365. PERG.: O interrogado possui advogado? RESP.: Negativamente. PERG.: A quem pertence os 03 tabletes, 06 16 aparelhos celulares, os 03 relógios, 01 pen drive e 01 corrente e 01 par de brincos que estavam com o interrogado? RESP.: Que os aparelhos celulares e os tabletes são frutos de reciclagem. A corrente o par de brincos sua esposa comprou em uma revista. PERG.: Quantos furtos a residência o interrogado praticou e com quem na região de Stella Mares, Praia do Flamengo e Ipitanga? RESP.: Que já invadiu 03 residências, uma delas abandonada no bairro de Stella Mares, não tendo subtraído nada, a outra o proprietário da casa deflagrou disparos de arma de fogo contra o interrogado e por isto nada levou e a terceira casa subtraiu um lava jato de cor amarela que levou para a Feira do Rato e o vendeu por R\$ 150,00. PERG.: Quantos estupros o interrogado já praticou? RESP.: Que só dois, primeiro em Stella Mares, uma vítima estava passeando com um cachorro em uma rua deserta, próxima a pista nova, acreditando que o crime ocorreu pela manhã, por volta das 10:00 horas, tendo utilizado um pedaço de tubo para simular que portava arma de fogo, mandando que a vítima tirasse a roupa, tendo praticado com ela sexo vaginal, anal e oral, não tendo usado preservativo, tendo ejaculado fora da vagina da vítima, tendo subtraído o seu aparelho celular Samsung na cor azul, que utilizou para fazer fotos da mesma, o qual foi vendido na Ilha do Rato por R\$ 250,00, não sabendo informar o nome do comprador, recordando-se que ela aparentava ter uns 22 anos, tinha estatura um pouco mais alta que o interrogado e era de cor parda. Informa, ainda, que no dia deste estupro o interrogado usava boné na cor branca. Perg.: Em relação ao segundo estupro que o interrogado praticou, descreva-o como se deu e o que foi subtraído? RESP.: Que se recorda que foi um dia de sábado a tarde, estando na companhia de , que é morador de rua, tendo utilizado um pedaço de tubo envolto com fita isolante, para simular arma de fogo, tendo abordado um casal que estavam nas Dunas fazendo uso de maconha, sendo que amarrou o homem que era alto, forte e de cor negra, tendo TONHO se apoderado do aparelho celular, relógio, corrente e um capacete de referida vítima. Em relação a mulher se apoderou do aparelho celular da marca Motorola e de posse do referido aparelho, o interrogado fez fotos e vídeos, mandando que a vítima fizesse poses e permanecesse em algumas posições, que se masturbasse, fez sexo oral, vaginal e anal com a vítima e de posse do aparelho dela ligou para a sua namorada , com quem convive a aproximadamente 01 ano e meio. PERG.: Qual a roupa que a vítima usava e em qual das relações ejaculou? RESP.: Que a vítima trajava uma calça e blusa de alcinha, tendo ejaculado em dois momentos. Que na primeira vez ejaculou próximo aos seios e na segunda vez na vagina. PERG.: Que no momento do estupro onde estava o seu amigo e que destino foi dado ao aparelho celular da vítima? RESP.: Que TONHO se



afastou com o homem, tendo o declarante perdido ambos de (...)"

INTERROGATÓRIO JUDICIAL DO RÉU, AO ID, 26142418 PÁG. 5: "(...) que tinha tido um acidente de carro; que passou a tomar sem a receita remédio diazepam e rivotril; que nessa manhã tinha tomando uns 4 diazepam; que estava muito (...); que viu ela; que não tinha arma em momento nenhum; que é réu confesso; que se olhar no processo (...); que vai responder pelo que fez; que não pode responder por uma coisa que não fez; que poderia ficar em silêncio, mas não vai ficar; que se quer se regenerar pela mulher e pelos filhos tem que começar falando a verdade; que pode falar que tirou o aparelho dela; que não ameaçou ela de morte; que não estava armado; que aconteceu o que ela relatou ai nos fatos; que vindo do interrogado poderia mentir, mas não quer estar mentindo; que não fez filmagem dela; que levou o aparelho dela; que aconteceu o que ela relatou; que se for condenado vai ser condenado pelo que fez; que é homem para assumir os atos; que errou; que está aqui para assumir; que não existiu arma; que foto em celular (...) que não existiu foto em celular nem arma; que em momento nenhum existia parceiro porque estava sozinho; que jamais colocaria o nome de outras pessoas que não tinha nada a ver no momento em que estava somente o interrogado e ela; que tirou ela de um lugar e colocou em outro; que aconteceu o que aconteceu (...); que foi comprovado nos exames (...); que quer ser condenado pelo que fez (...); que praticou sexo com ela; que praticou anal, vaginal e sexo oral (...); que não ameaçou em momento nenhum; que por ela ser mulher, colocou a mão debaixo (...); que não estava armado; que colocou a mão por debaixo da blusa; que como já relatado tem as filmagens; que é só puxar as filmagens; que não tinha arma (...) ; que não sabe porque fez isso, não sabe dizer; que estava tomando muito remédio; que se não se engana foi em Stella de Oxóssi; que ela estava do outro lado; que no primeiro momento viu o celular dela; que só fez atravessar a pista; que foi e deu voz de assalto; que não conhecia ela; que está preso por ; que esse roubo (...); que a primeira condenação foi em razão do caso de ; que a droga em si não apaga a memória do que aconteceu; que antes de tomar esses remédios não era assim; não é assim; que se arrepende do que fez (...)"

Além disso, argui que o depoimento da vítima é inconsistente, "principalmente com relação às circunstâncias elementares do crime", sem apontar, no entanto, quando as circunstâncias relatadas pela vítima se contradizem:

DEPOIMENTO JUDICIAL DA VÍTIMA, AO ID, 26142418 PÁGS. 6/11: "(...) que na verdade estava seguindo a rotina como todos os dias fazia; que todo dia saía de manhã, de casa e ia passear com a cachorra ali próximo né, onde morava; que morava ali por , ali na ladeira (...); que sempre passeava com a cachorra naquelas vias transversais; que seja no lado de Stella de oxóssi, onde aconteceu a situação, seja pro outro lado; que ali em Stella tem várias ruas; que deixava o cachorro solto; que esse dia era um domingo de manhã; que era um domingo de sol normal; que foi lá era umas 09 horas, acha, nesse local; que (...) na alameda onde tem a Hammer e logo atrás tem uma rua que são meio sem saídas; que tem umas dunas e levava sempre o cachorro para passear ali; que nesse dia não foi diferente; que estava lá (...); que nesse dia né (...) ele estava lá também; que não tinha visto; que ele estava nos matos, assim (...); que tinha alguns matos mais altos; que de onde estava não conseguia ver ninguém; que não via ninguém; que

como de costume, estava no celular, ouvindo música, de fone de ouvido; que ele de longe abordou a declarante; que abordou porque estava distante; que ele falou para ir até ele para entregar o celular; que fez; que ficou um pouco tensa porque estava com o cachorro solto, não sabia como o cachorro ia reagir nessa situação, porque era uma pessoa estranha; que mas até o momento ok; que aí ele abordou, mandou passar o celular (...) um assalto né; que era um assalto normal; que era um local que não tinha movimentação nenhuma de pessoas, só tinha a declarante e ele; que ele pegou o celular e ele estava armado; que mandou ficar abaixada; que não sabia se era para visualizar se tinha pessoas passando no momento; que fez tudo que ele mandou; que ficou lá agachada; que aí ele mandou acompanhar ele; que ele falou assim 'você vai comigo, você vai me acompanhar, você vai segurar a minha mão e vai comigo como se estivesse junto comigo'; que aí nervosa já, meio que imaginando o que poderia acontecer como mulher; que foram em direção à esse local; que eram nas dunas da outra rua; que era a rua de Stella de Oxóssi; que inclusive tem até imagens de câmera em que aparece a declarante e o acusado passando nesse local; que o tempo todo ele ameaçava; que falava 'não é para gritar, se você gritar, eu vou te atirar' ou 'no local que a gente está indo tem gente esperando a gente lá. Então é bom você não fazer nada'; que o tempo todo ele ameaçando e falando alguma coisa; que entraram nas dunas; que andaram um bom pedaço assim; que entrou bastante mesmo; que ficaram em um local inicialmente aberto; que era bem dentro das dunas, mas era um local aberto, não era um local fechado; que local onde aconteceu mesmo era um local meio que fechado por árvores; que antes de ir para o local que aconteceu, pararam num certo ponto das dunas, onde ele falou várias coisas e perguntou; que na verdade demorou mais nesse local; que ficaram muito tempo nesse lugar; que ele falava várias coisas; que ele falava que estava esperando os parceiros dele; que perguntou onde morava; que perguntou várias coisas; que pegou o celular da declarante, mexeu; que nisso ficou muito tempo; que ele fingia que falava com alguém no telefone; que sempre ameaçava e ao mesmo tempo ele fazia (...); que ele fazia 'ah, mas pode ficar tranquila que eu não vou fazer nada com você'(...); que o tempo todo falando 'ah, que vou encontrar os parceiros, eles vão te bater'; que eram várias coisas assim, ameaçando; que nesse lugar que estavam, estava muito sol, era um domingo, bem sol; que estava bem quente; que eram 09h da manhã; que tinham ficado muito tempo ali; que aí ele foi levando a declarante para outro lugar; que era próximo desse local; que um lugar fechado; que era um lugar que tinha várias árvores; que era como se fosse um túnel, uma caverna, só de árvores, nos meios das dunas; que aí quando chegou nesse local que era fechado, em um espaço; que foi aí que tudo começou mesmo; que jogou a declarante no chão; que falou 'bora, tira a roupa'; que mandou tirar a roupa; que aí já sabia o que ia acontecer; que mandou tirar a roupa; que aí fez várias coisas; que fez sexo vaginal, anal, oral; que quando finalizou assim (...); que quando ele terminou, meio que assim, ele mandou ficar sentada no chão; que colocou arma na cabeça da declarante; que mandou fechar o olho, várias coisas assim (...); que filmou na hora que ele fazendo né (...) que estava no ato; que filmou (...); que em nenhum momento ele tinha sido agressivo com o cachorro; que o cachorro estava bem de boas; que o cachorro estava solto; que no momento em que o acusado abordou inicialmente lá quando ele assaltou e pegou o celular, o cachorro já estava solto; que a coleira por lá mesmo ficou; que não pegou nada né; que o cachorro simplesmente veio acompanhando a declarante e o acusado porque estava com a declarante; que nesse momento lá que estava nesse

local fechado, ele meio que começou a ameaçar o cachorro; que ficou apontando a arma; que foi o momento mais tenso ali; que ele ficou mais alterado; que no final ele mandou sentar com a arma na cabeça; que tirou foto, filmou; que no final ele mandou botar a roupa e falou 'bora, vai embora'; que ele meio que mandou pelo mesmo lugar que tinha vindo; que voltou correndo, desesperada; que nem olhou para trás; que foi embora; que voltou ao mesmo lugar que tinha abordado inicialmente; que tinha ficado a coleira do cachorro; que não ia deixar o cachorro solto na rua; que voltou para casa; que era ali perto; que basicamente foi isso, a situação como aconteceu; que foi na delegacia; que a primeira coisa que fez quando chegou em casa foi falar com os pais para ir na delegacia direto ne; que lá fez boletim de ocorrência; que fez tudo; que depois que foi na delegacia, deu depoimento e fez o boletim de ocorrência, foi no Hospital da Mulher; que fez todo o procedimento.; que fez a denuncia; que o delegado que atendeu da delegacia de Itapuã foi muito atencioso nesse caso; que ele já tinha recebido uma denúncia de estupro em Stella Maris, mais ou menos no mesmo local onde a situação ocorreu, onde a descrição da pessoa batia muito com a descrição que deu; que era já um caso antigo; que deu toda a descrição dele que lembrava no momento; que foi no dia, na hora; que deu a descrição dele; que ele relatou que tinha acontecido uma situação parecida um tempo antes; que na mesma região ali em Stella Maris; que o cara tinha entrado na casa da menina né; que ao contrário da declarante foi na casa dela; que aí ele recebeu uma outra denúncia próximo, perto assim no mesmo tempo, na mesma semana depois, com outra pessoa, acha, que tinha acontecido com a declarante de uma forma diferente; que também foi em Stella Maris; que dessa outra vez do outro lado de ; que lá na Petromar; que é aconteceu a mesma coisa com a primeira situação; que o cara entrou na casa dela; que levou ela para fora (...); que a descrição batia muito com a pessoa que descreveu; que inclusive teve contato com essa segunda vítima; que conversaram e realmente era a mesma pessoa; que muitas coisas parecidas aconteceram nos casos; que fisicamente a descrição batia muito; que foi isso; que foi dessa forma que ele chegou lá; que (...) ficou com medo na hora; que ele fez as fotos no celular; que ele assaltou e no próprio celular que ele assaltou, ele fez as fotos, filmagens (...); que não sabe o que foi feito com as fotos; que o celular foi com ele; que não sabe responder isso; que no ato sexual ele era muito violento, só que não resistiu em nenhum momento porque ele estava armado; que quando fazia o ato sexual, ele manteve a arma próximo; que nem sempre esteve com a arma em punho, mas a arma sempre perto; que sempre esteve próximo das mãos ali; que sempre perto assim (...); que ele empurrou a declarante para o chão; que na hora que ele empurrou pro chão, ele falou 'bora, tira a roupa'(...); que do local que ele abordou para o local do ato era uma boa distância; que estavam na rotatória; que foi o local onde o acusado abordou a declarante; que tinha uma rua até a Stella de Oxóssi; que atravessou a rua principal e dentro das dunas, andaram bastante; que entrou bastante; que ficou nesse primeiro local que era aberto, dentro das dunas e depois que ele levou a declarante para esse local que era aberto e depois ele levou para esse local fechado; que tinha umas árvores; que não era tão aberto; que visualmente se alguém passasse não viria nada; que era um lugar mais (...); que depois do ocorrido precisou fazer tratamento; que fez um tratamento de 30 dias (...); que não se lembra exatamente se foram 30 ou 60 dias; que precisou tomar vários coquetéis de remédios; que no dia também que aconteceu, precisou ir ao hospital; que teve que tomar vários remédios; que teve que tomar pílula do dia seguinte; que tomou bezetacil;

que tomou várias medicações, fora o coquetel que teve que tomar durante um tempo para prevenir umas outras doenças; que precisou ir ao psicólogo; que abalou bastante; que nunca esperou que tivesse a força que teve, mas abalou, certeza; que não sabe identificar se a arma era verdadeira ou um simulacro; que não conhece; que nunca pegou numa arma; que (...) parecia bem real; que não sabe identificar se era uma arma de verdade ou de brinquedo, porque nunca pegou numa arma, não conhece de arma, mas parecia uma arma; que o fato aconteceu em 11 de novembro de 2018; que fez o reconhecimento dele; que entrou na sala (...); que no caso não teve contato, mas teve que entrar numa sala; que da mesma forma que ia acontecer em audiência, sem que ele visse; que chegou na sala; que viu o acusado e realmente era; que fez dois reconhecimentos; que fez o reconhecimento primeiro de outra pessoa mas não identificou, que não era o autor do crime; que foi preso uma outra pessoa de um caso de estupro em Itapuã; que não era a mesma pessoa que cometeu o fato contra a declarante; que não era a pessoa, que não o reconheceu como autor do crime; que da segunda vez que compareceu para fazer o reconhecimento realmente era, identificou este segundo como autor do crime; que o rosto dele lembra, principalmente a boca, arcada dentária; que falta dente; que era bem marcante; que não teve dúvidas; que o local que ele levou era um lugar aberto; que era no meio das dunas, um local público; que como falou eram dois locais dentro das dunas; que o primeiro local, que era bem dentro das dunas, mas era à luz do sol; que se passasse pessoas era bem visível; que o segundo local era tão dentro das dunas; que era um lugar mais fechado por árvore; que era como se fosse uma caverna de árvores; que era um local que se outras pessoas passassem, não conseguiriam ver, porque tinha arbusto na frente; que depois, foi exatamente pelo mesmo lugar que veio, pelo mesmo local que foram; que não fez muita curva, era meio reto assim; que era distante, mas reto; que não entrava em outro local nem nada; que foi bem direcionado pelo mesmo lugar que ele abordou inicialmente, na rua que abordou; que era na mesma direção, só que bem para dentro das dunas; que a cor da pele era mais escura; que o acusado era um pouco mais baixo que a declarante; que não era magro, mas também não era gordo; que era médio; que estava de boné, mas quando tirou o boné, o cabelo era baixo; que arcada dentária bem marcada, o nariz também, grande; que também é basicamente isso que lembra; que estava o tempo todo descoberto; que ficou muito tempo com o acusado, em média umas duas horas; que conseguiu visualizar bem a pessoa; que o reconhecimento na delegacia foi feito depois de um tempo do fato; que ele filmou o ato libidinoso que praticou com a declarante; que depois quando terminou, o acusado mandou a declarante ficar sentada; que colocou a arma na cabeça da declarante; que ele também tirou foto da declarante; que não sabe se ele aparecia nessas fotos; que o vídeo, quando ele estava filmando, era muito mais para a declarante sabe; que no caso estava de frente para a declarante; que acredita que ele não apareça; que não teve foto recuperada; que não que saiba; que não recuperou nada de fotos nem imagens; que foi uma época que preocupou muito a declarante, mas preferiu abstrair, se não, não iria viver mais; que manteve contato pessoal com o delegado; que ele tinha o número da declarante; que sempre ligava para a declarante para pedir atualizações, para perguntar alguma coisa (...) se precisasse que fosse na delegacia; que sempre manteve contato direto com o delegado; que foi muito atencioso em todo o processo; que foi ele que chamou na delegacia; que houve sexo oral também; que o acusado obrigou a declarante beijá-lo também, foi meio que tudo assim; que a pessoa presente é a pessoa que

praticou o ato; que quando o acusado abriu a boca, recordou da arcada dentária dele; que não tem dúvida que foi ele. (...)"

A mera leitura dos interrogatórios do apelante compromete seus argumentos, uma vez que, desde o Inquérito Policial, o recorrente já vem admitindo que roubou o celular da vítima e o vendeu na "Ilha do Rato" pelo valor de R\$ 250,00, jamais se referenciando a ideia de que teria afastado a vítima de seu celular para garantir a consumação do estupro, demonstrando que o roubo do celular tinha função em si mesmo, com um desígnio totalmente autônomo em relação ao crime de estupro, o que impede a aplicação do princípio da consunção. Neste sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, POSSE DE EXPLOSIVO E ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO, EXPLOSÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES E USO DE ARMA DE FOGO E EXPLOSÃO E O CRIME DE ROUBO. CONDUTAS AUTÔNOMAS. SÚMULA N. 7/STJ. EXAME DE CORPO DE DELITO E FUNDAMENTAÇÃO DA PENA BASILAR. SÚMULA N. 211/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao pedido de aplicação do princípio da consunção, observa-se que o Tribunal de origem concluiu que os crimes de roubo, explosão e porte de arma de fogo foram cometidos em concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal, destacando, assim, a existência de desígnios autônomos nas ações perpetradas pelo recorrente.

2. A alteração desse entendimento, demandaria necessariamente a análise de elementos fáticos e probatórios dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, consoante o disposto na Súmula 7/STJ.

3. As questões referentes à necessidade de exame de corpo de delito, utilização da explosão para exasperar a pena-base e ausência de fundamentação para o aumento da pena basilar não foram debatidas pelo acórdão estadual. Incidência da Súmula n. 211/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.050.641/MA, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 6/5/2022.)

Além disso, a vítima deixa claro que seu celular foi roubado pelo recorrente, desbloqueado e utilizado para tirar fotos e filmar os atos sexuais praticados mediante grave ameaça, reforçando a confissão do réu. Há de se destacar que a palavra da vítima possui especial relevância nos crimes contra a liberdade sexual, bem como nos de roubo, visto que estes são cometidos, em regra, na clandestinidade, a qual encontra-se demonstrada nos autos, haja vista que os crimes foram cometidos em locais escondidos entre as dunas de , longe dos olhos de qualquer outra pessoa:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PERPETRADO POR PADRASTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE O ACÓRDÃO IMPUGNADO E AQUELES INDICADOS COMO PARADIGMAS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 513, I, 619 E 620, TODOS DO CPP. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 41, 386, III E VII, E 621, I E III, TODOS DO CPP. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 217- A DO CP E 386, III E VII, E 621, I E III, TODOS DO CPP. CONDENAÇÃO CALCADA NA PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA COM OUTROS ELEMENTOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. REEXAME. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. É absolutamente descabido indicar, como paradigmas (art. 105, III, c, da CF), para fins de confronto com aresto proferido no julgamento de revisão criminal, acórdãos exarados no julgamento de apelação criminal, pois não há identidade ou mesmo similitude entre as duas espécies de impugnação (ação revisional e recurso de apelação), notadamente no que se refere ao âmbito de cognição do julgador, muito mais amplo no segundo.
2. Não há falar em omissão se a Corte de origem lançou fundamentação suficiente para rechaçar a tese defensiva. Também não há como acoimar de omissio o acórdão que deixa de examinar tese não veiculada oportunamente na ação revisional, mas em recurso subsequente (inovação).
3. A jurisprudência desta Corte tem orientado que, nos crimes perpetrados às ocultas (sem testemunhas oculares), a palavra da vítima tem especial relevância na formação da convicção do julgador, mormente quando corroborada por outros elementos de prova.
4. No caso dos autos, a Corte de origem, soberana na análise da prova, formou convicção de que não há prova nova apta a rescindir o édito condenatório e que a sentença condenatória não é contrária à evidência dos autos, pois o depoimento da vítima está harmônico com os demais elementos de prova coligidos, conclusão essa que não comporta reexame em sede especial (Súmula 7/STJ).
5. Agravo regimental improvido.  
(AgRg no AREsp 1444749/AC, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 08/06/2021)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO SIMPLES. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DO CP E 386, VII, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR CARÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. PLEITO DE REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES AFASTADA PELA CORTE DE ORIGEM E FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA CULPABILIDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. EFEITO DEVOLUTIVO PLENO DA APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTUM DA PENA NÃO AGRAVADA. PEDIDO DE AUMENTO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DECORRENTE DA MENORIDADE (artigo 65, I, DO CP). DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO SENTENCIANTE. PROPORCIONALIDADE. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. No que se refere ao pleito de afastamento do óbice da Súmula 7/STJ, visando à absolvição do agravante, o Tribunal paraense dispôs que, nos autos, restam comprovados tanto a autoria quanto a materialidade do delito perpetrado pelo recorrente [...]. A materialidade do delito é comprovada pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 22 e Auto de Entrega de fl. 23. Destacou, ainda, que a palavra da vítima assume relevante valor probatório nos delitos contra o patrimônio, mormente pela clandestinidade que envolve o cometimento deste tipo de crime, máxime quando corroborada pelas demais provas dos autos, como no presente caso.
2. Para revisar o aferido pela Corte de origem, seria necessária a incursão em aspectos de índole fático-probatória, medida essa inviabilizada na via eleita pela incidência do óbice constante da Súmula 7/STJ.
3. Quanto ao pleito de redução da pena-base, tem-se que, embora o Tribunal a quo tenha afastado a negativação dos antecedentes, foi justificada, de forma idônea, o desvalor concebido à culpabilidade, sob a tese de que o réu cometera o delito em via de grande movimentação, em plena luz do dia, o que demonstra a sua maior ousadia em perpetrar o delito, bem como a

maior reprovabilidade de sua conduta, não havendo que se falar em violação do princípio non reformatio in pejus.

4. Conforme descrito na decisão ora agravada, segundo a jurisprudência dessa Corte Superior, o efeito devolutivo pleno do recurso de apelação possibilita à Corte de origem, mesmo que em recurso exclusivo da defesa, a revisar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, bem como a alterar os fundamentos para justificar a manutenção ou redução das reprimendas ou do regime inicial; não sendo o caso de apontar reformatio in pejus se a situação do recorrente não foi agravada, como no caso sob análise, em que a pena definitiva imposta na sentença foi preservada.

5. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é possível que o Tribunal, ainda que em recurso exclusivo da defesa, revise a fundamentação apresentada na dosimetria da pena realizada na sentença, desde que não modificada a sanção cominada, sem que tal procedimento caracterize indevida reformatio in pejus.

[...] O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza que o Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, proceda à revisão das circunstâncias judiciais do artigo 59 9 do Código Penal l, alterando os fundamentos para justificar a manutenção da pena-base exasperada, não havendo que se falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não é agravada (AgRg no AgRg no AREsp n. 690.133/RS, Ministro , Quinta Turma, DJe 17/12/2018).

6. Quanto ao pleito de ampliação da fração atinente à circunstância atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal, tal diploma legal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (HC n. 219.354/MS, Ministro , Quinta Turma, DJe 19/3/2019).

7. Para a fixação da pena provisória, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.012.815/DF, Ministro , Sexta Turma, DJe 26/3/2018).

8. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1781652/PA, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019)

Assim, nada há que se falar em absolvição do crime de roubo, visto que a autoria e materialidade delitivas encontram-se provadas nos autos, conforme confissão do apelante e depoimento da vítima.

### III – DO AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO.

O pleito subsidiário tenta demonstrar a necessidade de exclusão da majorante do emprego de arma de fogo. Nesse sentido, reconhece o relato da vítima em que se afirmou que o recorrente portava uma arma, porém, lembra que o auto de apreensão e exibição não menciona qualquer arma, portanto, a mesma não passou por perícias e sua existência se baseia apenas no

depoimento da própria vítima, não bastando este para majorar a pena do apelante.

Todavia, acerca do assunto, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça, desde 2018, por ocasião do cancelamento do tema repetitivo nº 991, vem entendendo que é desnecessária a apreensão e perícia da arma de fogo para a incidência da majorante agora prevista no artigo 157, § 2º-A, inciso I, do CPB, e que, no caso concreto, prevalece a determinação legal antiga, do § 2º, inciso I, conforme aresto abaixo transcrito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO IMPLEMENTADO NA PRIMEIRA FASE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS DIVERSOS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA.

ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8 (TRÊS OITAVOS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.
2. No caso, a pena-base do Agravante foi fixada acima do mínimo legal em virtude das consequências do crime, tendo em vista o relevante prejuízo causado às Ofendidas, sendo que "as vítimas necessitaram mudar de domicílio ante as condutas dos réus, pois a filha de J. S. O. não mais entrava na casa, dada a sensação de insegurança, a qual também afetou toda a unidade familiar", elemento que não se afigura inerente ao próprio tipo penal.
3. Inexistindo ilegalidade patente na análise do artigo 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado na pena-base fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus. Precedentes.
4. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é dispensável a apreensão e a perícia da arma de fogo para a incidência da respectiva causa de aumento de pena no crime de roubo, quando evidenciada a sua utilização no delito por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou o depoimento de testemunhas.
5. A Corte de origem manteve o acréscimo de 3/8 (três oitavos) em razão das duas majorantes do delito de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes), com fundamentação concreta, tendo em vista a pluralidade de agentes – pelo menos três comparsas – e a utilização de, no mínimo, duas armas de fogo, o que demonstra a idoneidade da majoração, conforme firmado no Verbete Sumular n.º 443 do Superior Tribunal de Justiça.
6. Considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porque reconhecida circunstância judicial desfavorável ao Condenado, que também é reincidente, tem-se por justificada a imposição de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no artigo 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o artigo 59, ambos do Código Penal.
7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 516.188/SP, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 02/09/2019)

Por conseguinte, inviável o afastamento de emprego de arma de fogo, pois,



para reconhecer a causa especial de aumento de pena não é necessário que a arma seja apreendida ou periciada, desde que existam nos autos outros meios de prova. Neste contexto, urge a preponderância da palavra da vítima, a qual não teria pretextos maiores para faltar com a verdade em seu depoimento.

#### IV – DO REDIMENSIONAMENTO DA PENA DO CRIME DE ESTUPRO.

Em seguida, o apelante passa a questionar a sentença condenatória no seu aspecto dosimétrico, iniciando pela pena base do delito previsto no artigo 213 do Código Penal considerando que 08 (oito) anos é desproporcional aos fatos. Neste contexto, para melhor analisar os argumentos defensivos, conveniente colacionar a dosimetria ora atacada:

DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE ESTUPRO, AO ID 26142418, PÁG. 24: “(...) Quanto ao crime de estupro, o motivo da prática delitiva, decerto, foi satisfazer a própria lascívia, inerente ao tipo. O réu é tecnicamente primário. A conduta social é circunstância neutra. Não há elementos para aferir a personalidade do agente. A vítima, por sua vez, em nada contribuiu para o delito. As consequências de um crime dessa natureza sempre englobam um certo abalo da vítima mas, no caso em tela, as consequências extrapolam ao que ordinariamente decorre de delitos desta espécie uma vez que, durante o cometimento dos atos sexuais, o sentenciado, sordidamente, fotografou e filmou a ofendida, sendo que, depois do crime, a vítima teve que conviver com o pavor de que essas filmagens e fotografias viessem a ser divulgadas, causando-lhe dor e constrangimento ainda maior, sendo relevante ressaltar, inclusive, que a ofendida necessitou de efetivo tratamento psicológico depois do que passou, como relatou em juízo. De igual modo, a culpabilidade do agente extrapola os limites do tipo incriminador. Com o advento da lei 12.015/2009, é certo que as figuras de atentado violento ao pudor e estupro passaram a integrar o mesmo tipo penal e, pois, a prática de mais de um ato contra a mesma vítima, no mesmo contexto fático, deixou de configurar concurso de crimes para caracterizar crime único. O ato criminoso, pois, consuma-se com apenas uma dessas condutas. No entanto, quando, além da conjunção carnal, o agente do crime, não satisfeito com a consumação do delito, pratica outros atos libidinosos independentes e bem destacados, como é o caso dos autos em que houve conjunção carnal e a prática de sexo oral e sexo anal, é inegável o dolo intenso visto que há elementos concretos (sexo oral e anal) que demonstram o expressivo e incomum desvalor da ação. Desta feita, não obstante a caracterização de crime único, o cometimento pelo agente de outros atos libidinosos destacados e independentes denotam um incremento relevante ao desvalor da conduta e, por conseguinte, é apto a lastrear a valoração negativa de circunstância judicial e o aumento da pena base. (...) Quanto às circunstâncias do crime, estas revelam a reprovabilidade ainda maior do que a que normalmente decorre do ato praticado. Com efeito, consta no depoimento da vítima que o acusado agiu com emprego arma de fogo, fato que evidencia maior periculosidade, ao tempo que coloca a integridade da vítima em maior risco e dificulta a sua defesa. Deste modo, e observando o que dispõe o artigo 59 do Código Penal, valorando negativamente três circunstâncias judiciais, quais sejam, as consequências do crime (fotos e filmagens e tratamento psicológico da vítima); as circunstâncias do crime (porte arma de fogo) e a culpabilidade (prática de sexo oral e anal além

da conjunção carnal), fixo a pena base em 08 (oito) anos de reclusão. (...)"

Examinando o trecho acima exposto, o recorrente pondera que a culpabilidade fora exasperada com base em circunstâncias comuns ao crime, referências genéricas inerentes que não extrapolam os elementos do tipo penal. De tal modo, a negatização desta circunstância judicial deve ser afastada, visto que a culpabilidade se referiria à reprovação social que o crime merece, o que torna inidônea a fundamentação do Douto Juízo Primevo. Por fim, ainda que fosse mantida a exasperação, alega o apelante que aquela teria ultrapassado quantum jurisprudencial de 1/6.

Ocorre que a circunstância judicial da culpabilidade do recorrente não fora negativamente avaliada com fundamentação "genérica", mas com base na quantidade de atos libidinosos diferenciados perpetrados contra a vítima – sexo oral, vaginal e anal –, sendo este motivo suficiente para maior reprovabilidade da conduta. No mesmo sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO COM RESULTADO MORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. AUMENTO PROPORCIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. 3. A CULPABILIDADE DEVE SER COMPREENDIDA COMO JUÍZO DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA, OU SEJA, A MAIOR OU MENOR REPROVAÇÃO DO COMPORTAMENTO DO RÉU, NÃO SE TRATANDO DE VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DOS ELEMENTOS DA CULPABILIDADE PARA QUE SE POSSA CONCLUIR PELA PRÁTICA OU NÃO DE DELITO. Na hipótese, o grau de censura da conduta do paciente deve ser considerado superior ao próprio do crime de extorsão mediante sequestro, máxime por ele ter negociado o valor do resgate da vítima. 4. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o bis in idem. Assim, considerando a existência de uma condenação transitada em julgado e a não elevação da reprimenda na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na dosimetria da pena. 5. Considerando o intervalo da condenação prevista no preceito secundário do tipo penal do art. 159, § 3º, do Código Penal, não há se falar em manifesta desproporcionalidade na individualização da pena a ensejar a concessão da ordem de ofício. 6. Writ não conhecido.

28/11/2017)

Ademais, é simplesmente falsa a afirmação de que o réu tivera sua pena base pelo crime de estupro exasperada com fulcro apenas na culpabilidade do crime. As circunstâncias e consequências do crime também foram negativas.

Há de se rememorar, que a fração ideal, no procedimento dosimétrico da pena, para cada negativação de uma circunstância judicial, conforme a jurisprudência consolidada do STJ, é a de 1/8 (um oitavo), bem como a fração para cada circunstância atenuante e agravante é a de 1/6 (um sexto):

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. MODUS OPERANDI DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO DA PENA-BASE. QUANTUM DA REPRIMENDA REVISTO. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ.

ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato delituoso. In casu, o decreto condenatório demonstrou que o modus operandi do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, considerando a violência física empregada contra a vítima (enforcamento), o que justifica o incremento da básica.

4. Considerando o aumento ideal na fração de 1/8 pela circunstância judicial desabonadora, a incidir sobre o intervalo de apenamento do crime de roubo, chega-se à elevação da pena de 9 meses e, portanto, à pena-base de 4 anos e 9 meses de reclusão.

5. O acórdão, ao reconhecer a majorante do emprego de arma, aplicou a fração de 2/5 para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito.

Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 443 desta Corte: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes." 6. Tratando-se de réus primários, condenados ao cumprimento de pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, mas tendo havido a valoração negativa de circunstância judicial, resta evidente o cabimento do regime prisional fechado, conforme a dicção do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir as penas dos pacientes para 6 anos e 4 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do acórdão.  
(HC 508.700/RJ, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019)

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO JUSTIFICADO COM BASE NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PRECEDENTES. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO ATESTADA PELA CORTE DE ORIGEM. SÚMULA 630 DO STJ. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUMENTO RELATIVO À AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PROPORÇÃO MAIOR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO ADEQUADA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INIDONEIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. REINCIDÊNCIA E QUANTUM DE PENA APLICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II – Com efeito, a quantidade droga apreendida 6,1 g de crack; 33, 5 g de cocaína; e 74,7 g de maconha – justifica a elevação da pena-base. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a defesa, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que, há muito tempo, a jurisprudência do STJ considera lícito o recrudescimento da pena-base, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecente. A propósito: AgRg no AREsp n. 585.375/SP, Quinta Turma, Rel. Min. , DJe 27/03/2017, HC n. 212.752/SP, Quinta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. , DJe 01/02/2012; e HC n. 66.080/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 10/12/2007, p. 403.

III – Em relação à atenuante da confissão espontânea, nota-se que o aresto impugnado atestou que o paciente não confessou a traficância. Assinale-se que a Súmula 630 do STJ preceitua que "a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio." Desta feita, o acolhimento da tese defensiva demanda reexame de provas, situação interdita na via estreita do habeas corpus.

IV – Quanto ao aumento operado pela reincidência, como é cediço, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou diminuição da pena em razão de circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabendo ao magistrado fixar o patamar necessário dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais. Nesse contexto, predomina nesta Corte o entendimento de que o aumento da pena em patamar superior a 1/6, em virtude da incidência de circunstância agravante, demanda fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão. Nesse sentido: HC n. 387.586/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. , DJe de 17/4/2017; e HC n. 298.050/RS, Quinta Turma, Rel. Min. , DJe de 3/3/2017.

V – No caso, o Tribunal de origem manteve a fração de aumento decorrente da reincidência em 1/5 (um quinto), apenas pelo fato de ser específica para o incremento superior a 1/6 (um sexto). Entretanto, resulta

imperativo considerar o entendimento firmado no julgamento do HC n. 365.963/SP (de minha relatoria, DJe 23/11/2017), oportunidade em que a Terceira Seção desta Corte pacificou entendimento no sentido de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito. No referido julgamento assentou-se na premissa de que o réu, mesmo ostentando condenação anterior por delito idêntico, não merece maior reprovabilidade na sua conduta, haja vista que, após a reforma da Parte Geral do Código Penal, operada em 11/7/1984, não há mais distinção entre os efeitos da reincidência genérica e específica, sendo inadmissível que o aplicador da lei assim o proceda, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

VI – Mantido o regime inicial fechado. A quantidade, a variedade e a natureza do entorpecente – 6,1 g de crack; 33,5 g de cocaína; e 74, 7 g de maconha – foram utilizadas como fundamentos a ensejar a aplicação do regime fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, a, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Confira-se: HC n.

488.679/SP, Quinta Turma Rel. Min. , DJe de 11/06/2019; e AgRg no HC n. 380.021/SC, Sexta Turma, Rel. Min. , DJe de 22/3/2017. De mais a mais, a reincidência e o quantum de pena aplicado requerem o modo inicial mais gravoso, conforme preceitua o art. 33, §§ 2º, b, 3º do Código Penal. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de, tão somente, redimensionar a pena do paciente em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 676 (seiscentos e setenta e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 654.120/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 25/05/2021)

Em percuciente lição sobre as balizas para a dosagem da pena-base, é mister transcrever a doutrina de ]:

“(...) Não existe um critério ideal que solucione todos os casos passíveis de análise, uma vez que a dosagem da pena-base está relacionada a fatos concretos, evidenciados a partir da ocorrência do crime, acrescido dos atributos pessoais do próprio acusado, os quais, em conjunto, definem a necessidade de maior ou menor reprovação do ilícito.

Cada crime guarda sua particularidade, pois as circunstâncias que norteiam sua prática, os resultados que produz, o grau de sua gravidade em concreto, tudo isso somente poderá ser valorado a partir de elementos próprios colhidos no decorrer da instrução criminal.

Não obstante na seara penal termos crimes diferenciados, cada qual com sua peculiaridade, assim como cada autor, com seus atributos próprios, os Tribunais Superiores sentiram a necessidade de estabelecer algum critério para a dosagem da pena-base, como forma de evitar que penas discrepantes fossem dosadas em casos muito similares no plano fático.

A discricionariedade que é atribuída ao julgador não pode ser confundida com arbitrariedade. São conceitos distintos. Se casos semelhantes são levados a julgamento, com circunstâncias fáticas e condições pessoais do acusado muito parecidas, as penas a serem fixadas na primeira etapa do processo de dosimetria não podem guardar um distanciamento

desproporcional, pois devem ser idênticas, ou ao menos muito próximas entre si.

Se o legislador não estabelece, no Código Penal, o valor de cada circunstância judicial, não é permitido e nem lícito ao juiz estabelecer um quantitativo sem critérios. O legislador enumera oito circunstâncias judiciais e determina ao julgador que estabeleça, conforme seja necessário e suficiente, para reprovação e prevenção do crime, a quantidade de pena-base aplicável, dentro dos limites previstos em abstrato no tipo.

Valor para cada circunstância judicial realmente não existe. Aliás, só teremos valores definidos pelo legislador na terceira e última etapa do processo de dosimetria, antes disso não. Contudo, mesmo na ausência de valores definidos pelo legislador na primeira fase do processo de dosimetria da pena, surgiu a necessidade nos Tribunais de se criar algum critério que trouxesse certa segurança jurídica aos julgados.

Isso porque a discrepância de penas em casos muito similares entre si, sem dúvidas, estabelece no sistema jurídico um fator de desequilíbrio, de desconfiança, de evidente insegurança.

Apesar de não existir um critério matemático absoluto para dosagem da pena-base, a segurança jurídica se impõe como forma de termos em casos similares, senão idênticas, ao menos muito próximas entre si, que venham traduzir a justa aplicação da sanção penal.

(...)  
O critério que vem sendo albergado pelos Tribunais Superiores repousa numa situação prática e simples, que tem resultado a partir da obtenção do intervalo de pena previsto em abstrato no tipo (máximo – mínimo), devendo, em seguida, ser encontrada sua oitava parte (1/8), ou seja, dividir o resultado do intervalo de pena em abstrato por 8 (oito), pois este é o número de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

Com este raciocínio, chegamos ao patamar exato de valoração de cada circunstância judicial (com absoluta proporcionalidade), que servirá de parâmetro para o julgador promover a análise individualizada no momento de dosagem da pena-base. (...)"

Outrossim, malgrado não haja um critério legal previamente estabelecido para o cálculo da pena-base, não se deve olvidar que a construção jurisprudencial constitui uma das fontes formais do direito e deve ser respeitada pelo aplicador, em homenagem à reiteração de discussões que levam à consolidação de um entendimento nas cortes superiores.

De início, merece registro que assiste razão a pretensão recursal para a correção do quantum imposto na primeira fase do processo dosimétrico de pena. Portanto, tendo o tipo penal a pena abstrata de 6 (seis) meses a 10 (dez) anos de detenção, considerando-se a jurisprudência pátria, redimensiono a pena base do recorrente para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Verificada a confissão espontânea, conforme artigo 65, inciso III, d do Código Penal em ambas as fazes da persecução penal, estabeleço a pena intermediária em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, pena que

torno definitiva à míngua de causas de aumento ou diminuição de pena.

Ademais, no que concerne à aplicação da confissão espontânea no crime de roubo a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem confirmando a concretização da sua Súmula de nº 231, mesmo após à reforma do sistema dosimétrico brasileiro:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES, RECEPÇÃO, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA, NA FASE INTERMEDIÁRIA, AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL PELO RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA N. 231 DESTA CORTE SUPERIOR. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ART. 33, § 2º, B, CP). WRIT NÃO CONHECIDO.

I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II – A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer: “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel.

Min. , DJU de 11/4/2005).

III – O posicionamento perfilhado pela r. sentença condenatório (fl. 23), mantido pelo v. acórdão impugnado, está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte, conforme o teor da Súmula 231/STJ, in litteris: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” IV – Considerando o quantum da pena (5 anos de reclusão), a primariedade do agente e a inexistência de circunstância judicial desfavorável, é adequado o modo semiaberto para o início da expiação, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 489.770/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019)

Além disso, a doutrina atual, na figura, por exemplo, do Dr. , verga-se no sentido de que a Súmula 231 do STJ possui aplicação para além da pena definitiva, incidindo, inclusive, sob a pena provisória, cuja fundamentação é a segunda fase do processo dosimétrico, na qual a atenuante tratada é aplicada:

"Assim, como ocorre na fixação da pena-base, prevalece o entendimento jurisprudencial de que o reconhecimento de uma circunstância atenuante não poderá conduzir a pena provisória ou intermediária aquém do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo penal incriminador, ao tempo que o reconhecimento de uma circunstância agravante também não poderá conduzir a

pena provisória ou intermediária além do máximo previsto em abstrato. (...)

Apesar de o enunciado da súmula tratar apenas da hipótese de circunstância atenuante, impedindo a redução da pena (provisória ou intermediária) abaixo do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo, tal entendimento sumular se aplica também à hipótese de circunstância agravante, impossibilitando, igualmente, a majoração da pena (provisória ou intermediária) além do máximo previsto em abstrato para o tipo, e, neste caso, tal situação decorre de uma interpretação análoga extensiva, conforme entendimento dos próprios Tribunais Superiores, não havendo a necessidade de edição de uma nova súmula, eis que se revelam em circunstâncias previstas na mesma etapa do processo da dosimetria de pena (segunda fase), do que deflui a certeza de que deverão possuir tratamento isonômico a impedir que se avancem os limites definidos em abstrato pelo legislador (...)"(SCHMITT, "Sentença Penal Condenatória". 12ª. ed. Rev. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.)

Em vista disso, considerando que a matéria já se encontra pacificada nos Tribunais Superiores, e, embora se reconheça que milita em favor do apelante a atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal Brasileiro, deixo de reduzir a pena aquém do mínimo, de maneira a respeitar-se a ampla jurisprudência brasileira, bem como sua doutrina jurídica, evitando a violação ao princípio da legalidade.

Mantida a pena primeva para o crime de roubo, combinada ao crime de estupro sob a luz do artigo 69 do Código Penal Brasileiro, somo-as para impor ao réu a pena de em 12 (doze) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente FECHADO, bem como o pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias multa no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

#### IV – DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

No que concerne ao pedido para que possa aguardar o trânsito em julgado do processo em liberdade, argumenta o recorrente pela ausência de periculum libertatis, mesmo que tenha permanecido preso durante o processo. Nesta perspectiva, ressalta não apresentar risco à ordem pública, visto que não integra organização criminoso e não apresenta risco de reiteração delitiva, além de não representar risco à instrução criminal.

Ocorre que o periculum libertatis do apelante no caso está mais do que demonstrado pela sua certidão de antecedentes criminais aos ID's 26142386 e 26142387, que demonstram uma ampla ficha criminal, além do fato de ter confessado, em seus interrogatórios, ser um esturador contumaz e alguém habituado à prática de roubos.

No que concerne à crítica ao fundamento da garantia da ordem pública para a aplicação da medida cautelar, sabe-se que, além de ser jurisprudencialmente infundada nas cortes federais pátrias, também não é unanimidade na doutrina nacional, ao exemplo do Escritor e Desembargador, , o qual, em sua obra "Habeas Corpus", defende a constitucionalidade de tal fundamento, destacando sua aplicabilidade quando se verifica o envolvimento do paciente com o crime organizado:



“(...) A garantia da ordem pública é o mais vago de todos os fundamentos dessa modalidade de prisão. Diz respeito à segurança pública e à tranquilidade social em face do delito cometido. Naturalmente, uma das consequências da prática do crime é provocar um efeito negativo, por vezes traumatizante, tanto no tocante à vítima quanto no que se refere a outros membros da comunidade. Se atingir níveis elevados de perturbação, pode dar margem à preventiva. A jurisprudência, em todos os níveis, tem confirmado os seguintes elementos: envolvimento do acusado com o crime organizado; ser o autor do delito reincidente ou possuidor de maus antecedentes; cometimento de crime grave, no campo concreto; execução particularizada do delito, envolvendo crueldade, premeditação, frieza, entre outros; geração de clamor social em virtude da liberdade do acusado e potencial volta à delinquência. Fora desses casos, constitui-se ausência de justa causa a decretação da prisão preventiva. (...)”

. Habeas Corpus. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. págs. 94/95

Além disso, tendo sido prolatada sentença condenatória no dia 18/01/2022, estabelecida agora a pena definitiva de 12 (doze) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, verifica-se que, o recorrente passou toda a instrução processual preso preventivamente, não tendo sido provada nestes autos a alteração das circunstâncias que justificaram a custódia, constituindo outro motivo para não lhe ser concedida a liberdade:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE E PEDIDO DE EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO A CORRÉUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGADO O DIREITO A RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DA AGENTE. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REITERAÇÃO. FORAGIDA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA E ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID19. GRUPO DE RISCO. NÃO COMPROVAÇÃO DE DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL DO PRESÍDIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. As alegações concernentes à ausência de contemporaneidade da custódia cautelar e ao pedido de extensão de benefício concedido aos corréus não foram objeto de análise no acórdão impugnado, o que obsta o exame por este Tribunal Superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

3. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando

não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

4. No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo as instâncias ordinárias demonstrado, com base em elementos concretos, a periculosidade da paciente, evidenciada pela gravidade das condutas, uma vez que o édito condenatório aponta que ela integra organização criminosa dedicada à prática de tráfico de drogas, respondendo a outros processos criminais em curso e está na condição de foragida.

Nesse contexto, a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

5. Tendo a paciente permanecido com o decreto preventivo em aberto durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura dela depois da condenação em Juízo de primeiro grau.

6. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

7. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

8. O risco trazido pela propagação da COVID-19 não é fundamento hábil a autorizar a revogação automática de toda custódia cautelar, sendo imprescindível para tanto que haja comprovação de que o réu encontra-se inserido na parcela mais suscetível à infecção, bem como, que haja possibilidade da substituição da prisão preventiva imposta.

Na hipótese dos autos, verifica-se a necessidade da prisão preventiva da paciente diante da persistência dos fundamentos da custódia antecipada.

Além disso, em que pese a paciente ser do grupo de risco, não restou comprovada qualquer fragilidade em seu estado de saúde, sendo certo que as autoridades sanitárias e de segurança pública têm agido para minimizar os riscos decorrentes da pandemia.

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 625.429/AL, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021.)

Nesse contexto, o sacrifício da liberdade individual, por ora, afigura-se necessário à preservação do interesse público, inexistindo possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares. Sendo assim, entendo que as circunstâncias fáticas, acima delineadas, são aptas e legítimas para fundamentar a necessidade da segregação cautelar para resguardar a ordem pública.

#### V – DA PENA DE MULTA.

Por fim, acerca do pedido do afastamento da pena de multa prevista no tipo penal, não merece razão o pleito recursal. A pena de multa é preceito secundário do tipo e seu afastamento agride o princípio da legalidade. A previsão do artigo 33, caput da Lei Federal nº 11.343 é que a pena de reclusão e a de multa não são alternativas, mas cumulativas, o que pode ser identificado pela conjunção aditiva e, contida no texto legal. Outro não é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, no qual se estabelece que, mesmo havendo a substituição da pena pelas restritivas de direito, conforme o caso em tela, ainda se aplicará a pena de multa:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. Concluindo as instâncias de origem, de forma fundamentada, acerca da autoria e materialidade delitiva assestadas ao agravante, considerando que, sendo ele o responsável pelo cumprimento das obrigações da empresa contribuinte, teria deixado de recolher os tributos devidos a título de ICMS, a pretensão de desconstituição do entendimento, visando a absolvição, é providência que demanda a incursão na seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ. PENA DE MULTA PREVISTA NO PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL IMPUTADO. PRETENDIDO AFASTAMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44, § 2º, do CP, não afasta sua cumulação à pena de multa, estatuída no preceito secundário do tipo sancionador, nos termos da jurisprudência deste Sodalício.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1074676/MA, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018)

#### VI – DO DISPOSITIVO.

Diante do exposto e de tudo quanto fundamentado, vota-se no sentido de que o apelo seja CONHECIDO EM PARTE, julgando no mérito, PROVIDO EM PARTE NA EXTENSÃO CONHECIDA, redimensionando a pena definitiva para 12 (doze) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente FECHADO, bem como o pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pelos crimes previstos nos artigos 157, § 2º-A, inciso I, e 213, caput, ambos do Código Penal.

Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto através do qual CONHECE EM PARTE e julga PROVIDO EM PARTE NA EXTENSÃO CONHECIDA, o apelo interposto por .

[1] SCHMITT, . Sentença Penal Condenatória, 12ª ed. Rev. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2018

Salvador/BA, de de 2022.

Desa. – 1ª Câmara Crime 2ª Turma  
Relatora

