



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

Acórdão n. : 30.239
Classe : Apelação n. 0013014-25.2015.8.01.0001
Foro de Origem : Rio Branco
Órgão : Câmara Criminal
Relator : Des. Elcio Mendes
Revisor : Des. Samoel Evangelista
Apelante : Alessandro Nascimento Carlos
D. Público : Rodrigo Almeida Chaves (OAB: 3684/RO)
Apelante : André Silva do Nascimento
D. Público : Rodrigo Almeida Chaves (OAB: 3684/RO)
Apelado : Ministério Público do Estado do Acre
Promotor : Dayan Moreira Albuquerque
Proc. Justiça : Flávio Augusto Siqueira de Oliveira
Assunto : Direito Penal

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZADA UMA QUALIFICADORA NA PRIMEIRA FASE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E OUTRA PARA QUALIFICAR O CRIME. EXCLUSÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA 'H' DO CÓDIGO PENAL. INAMISSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA DE NATUREZA OBJETIVA. INDEPENDE DA CIÊNCIA DO AGENTE EM SABER A IDADE DA VÍTIMA.

1. Reconhecidas duas qualificadoras, uma será usada para qualificar o crime de furto e a outra como circunstância judicial desfavorável.

2. De acordo com entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal é de natureza objetiva e independe da ciência do agente acerca da idade da vítima.

3. Apelo conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0013014-25.2015.8.01.0001, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, **à unanimidade, negar provimento ao apelo**, nos termos do voto do relator e das mídias digitais arquivadas.

Rio Branco-AC, 13 de fevereiro de 2020.



Des. Elcio Mendes
Presidente e Relator

RELATÓRIO

O **Excelentíssimo Senhor Des. Elcio Mendes, Relator:** Trata-se de **Apelação Criminal** interposta por **Alessandro Nascimento Carlos e André Silva do Nascimento**, qualificado nestes autos, em face de sentença prolatada pelo **Juízo da Vara de Delitos de Organizações Criminais da Comarca de Rio Branco-AC** (fls. 137/147), cujas reprimendas ficaram assim individualizadas:

Alessandro Nascimento Carlos foi condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, em razão da conduta delituosa descrita no art. 155, § 4º, incisos I e IV, c/c art. 61, inciso II, alínea "h", segunda figura, do Código Penal.

André Silva do Nascimento restou condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, por infringir o art. 155, § 4º, incisos I e IV, c/c art. 61, inciso II, alínea "h", segunda figura, do Código Penal.

O Juízo Sentenciante, com fundamento no art. 44 do Código Penal, **substituiu a pena privativa de liberdade em restritivas de direitos**, consistentes em: 1) **Prestação de Serviços à Comunidade**, pelo mesmo período da pena substituída,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

mediante jornada semanal de 08 (oito) horas, em instituição designada pelo juízo da VEPMA, observando-se as suas aptidões, até que seja superado o cumprimento integral dessa decisão; **2) Limitação de Fim de Semana**, na forma a ser declinada pelo juízo da VEPMA.

Em suas razões recursais, os Apelantes requereram a **redução da pena-base** ao mínimo legal, por entender que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis; objetivou o **afastamento da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "h"**, do Código Penal, pois os Recorrentes desconheciam que a vítima era idosa - fls. 150/156.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões, oportunidade em que rebateu todas as pretensões articuladas em sede recursal, requerendo ao final seja **conhecido e improvido** o apelo, confirmando-se *in totum* os termos da sentença monocrática - fls. 165/170.

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer, manifestando-se pelo **conhecimento e desprovemento**, devendo ser mantida a r. Sentença condenatória em todos os seus termos - fls. 174/177.

É o relatório que submeti à revisão.

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Des. Elcio Mendes, Relator: O recurso é próprio e tempestivo, razão pela qual o conheço.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

Narra a Denúncia - fls. 78/82:

"Atesta o catálogo inquisitivo de nº 1454/2015, oriundo da Delegacia de Polícia Civil Central de Flagrantes (DEFLA), que no dia 20 de novembro de 2015, por volta das 13h40min, em um imóvel localizado localizado junto ao Ramal do Macarrão, 910, proximidades da Igreja Assembleia de Deus, Bairro Belo Jardim II, nesta Capital, os increpados **Alessandro Nascimento Carlos e André Silva do Nascimento** - provavelmente com auxílio de outro agente delitivo (ainda não identificado) - ao aturem de modo espontâneo e consciente, em comunhão de desígnios e ações, após romperem obstáculo (consistente no arrombamento de 02 janelas do informado domicílio), subtraíram, para eles, coisas alheias móveis - quais sejam: 01 (um) notebook, de cor preta; 01 (um) tablet; 01 (um) video game, marca Sony, modelo Playstation II (devidamente acompanhado por seus acessórios); 01 (um) pen drive, marca Kingston e, ainda, 01 (um) cordão - pertencentes à vítima Francisco Ferreira de Lima (maior de 60 anos conforme se extrai de seu prontuário civil, impresso este peticionado em anexo).

O presente caderno investigativo apontou, com inquestionável concretude, que, na ocasião em destaque, os saqueadores em apreço aproveitaram a ausência do proprietário do aludido imóvel - bem como de seus familiares - para ingressarem, clandestinamente, àquele local e se apoderarem, ilicitamente, dos visados itens.

Delimitou-se que os ladravazes violaram 02 (duas) das janelas do informado domicílio, uma situada aos fundos e outra na parte lateral da discriminada residência. Seguidamente, adentraram ao interior do invadido domicílio, instante em que passaram a arrecadar os cobiçados itens.

Ocorre que, felizmente, vizinhos daquele idoso, ao notarem a estranha movimentação, perceberam que a ação era criminosa, sendo que, em razão disso, acionaram o apoio de uma guarnição militar, informando, aos servidores castrenses, o rumo tomado pelos saqueadores.

Em rápida ação, a equipe policial conseguiu interceptar os denunciados, os quais estavam embrenhados em uma vegetação situada ao lado do local donde havia sido perpetrada a subtração. Já cientes acerca do inevitável flagrante, os abordados decidiram colaborar com os militares, informando-lhes a localização de parte dos arrebatados objetos - 01 (um) video game, marca Sony, modelo Playstation II (devidamente acompanhado por seus acessórios) e, ainda, 01 (um) pen drive, marca Kingston -os quais haviam sido escondidos naquelas proximidades. O restante dos itens, segundo



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

narrativa dos indiciados, teria ficado em posse de um suposto inimputável, familiar do agente "**Alessandro Nascimento**", o qual não fora encontrado pela guarnição.

Em razão das levantadas circunstâncias, os detidos foram conduzidos à presença da Autoridade Policial, donde lavrou-se o Auto de Prisão, dada a inegável flagrância, corroborada, notadamente, pelo fato de a vítima ter apontado, sem titubear, os apreendidos itens como sendo de sua propriedade.

Quando ouvidos, perante à autoridade policial, os conduzidos confessaram a autoria delitiva, descrevendo minuciosos detalhes acerca do evento delitivo (fls. 07 e 10).

Os apreendidos itens foram recuperados e restituídos à vítima (fls. 13)."

Não há preliminares. Passo ao mérito.

- Da redução da pena-base.

Pretendem os Apelantes a **exclusão da vetorial consequências do crime**, por entenderem que *"no caso dos autos, não se mostra válido o fundamento utilizado para valorar as consequências do delito em desfavor dos apelantes, uma vez que considerou o arrombamento que já foi considerando para qualificar o delito"* - fl. 153.

O pedido não merece guarida.

Preleciona o artigo 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV, do Código Penal, *in verbis*:

"Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

(...)

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;
(...)
IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas."

A **materialidade** e **autoria** restaram devidamente comprovadas e não são pontos de discussão do presente recurso.

O art. 59, inciso II, do Código Penal, estabelece que, para fixação da pena-base, o Magistrado a aplicará dentro dos limites previstos.

O *caput* do mesmo artigo prevê que a fixação deverá atender à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, ao comportamento da vítima, estabelecendo a pena conforme seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Analisando a sentença vergastada, observa-se que o Juízo de Piso valorou somente as **consequências do crime** em desfavor dos Apelantes.

Passo à análise.

- Consequências do crime.

Reconhecidas duas qualificadoras, uma será usada para qualificar o crime de furto e a outra como circunstância judicial desfavorável.

Colhe-se da Sentença Singular:

- Do réu Alessandro Nascimento Carlos

"7. consequências: Em que pese a vítima tenha conseguido recuperar os bens subtraídos, as consequências do crime foram prejudiciais. Existindo

6



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

prova através do Laudo Pericial, a qualificadora do arrombamento (Artigo 155, §4º, inciso I, do Código Penal) deve ser aplicada, servindo, portanto, de causa a exasperar a pena. " - fl. 144.

- Do réu André Silva do Nascimento

"7. consequências: Em que pese a vítima tenha conseguido recuperar os bens subtraídos, as consequências do crime foram prejudiciais. Existindo prova através do Laudo Pericial, a qualificadora do arrombamento (Artigo 155, §4º, inciso I, do Código Penal) deve ser aplicada, servindo, portanto, de causa a exasperar a pena. " - fl. 144.

A **consequência** como circunstância judicial é o resultado do crime, ou seja, os efeitos da conduta. O que deve ser analisado é o alarme social do fato, a sua maior ou menor repercussão e os seus efeitos.

Ensina **Rogério Montai de Lima**¹ sobre consequências do crime:

"A CONSEQUÊNCIA é o resultado do crime em relação à vítima, sua família ou sociedade. Assim, as consequências do crime, quando próprias do tipo, não servem para justificar a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria. As consequências devem ser anormais à espécie para valoração desta circunstância judicial, ou seja, que extrapolem o resultado típico esperado. Os resultados próprios do tipo não podem ser valorados." - destaquei -

Leciona **Euler Jansen**² no mesmo sentido:

"As consequências denotam a extensão do dano produzido pela prática criminosa, sua repercussão para a própria vítima e seus parentes, ou para a comunidade. Elas somente devem ser consideradas quando não forem elementares do tipo, ou seja, essenciais à figura típica. Por tal motivo, são

¹LIMA, Rogério Montai de. Guia Prático da Sentença Penal Condenatória e Roteiro para o Procedimento no Tribunal do Júri. São Paulo: Método, 2012. pág. 32.

²JANSEN, Euler. Manual de Sentença Criminal. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pág. 96.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

chamadas por alguns doutrinadores de 'consequências extrapenais'." - destaquei -

Na mesma linha é a doutrina de **Guilherme Nucci**³:

"O mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico, é a consequência a ser considerada para a fixação da pena. É lógico que num homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito." - destaquei -

Com efeito, não há que falar em *bis in idem*.

Explico.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando se reconhece mais de uma qualificadora, uma será utilizada para qualificar o crime de furto **e a outra poderá ser considerada, na primeira fase da dosimetria, como circunstância judicial negativa:**

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 121, § 2.º, INCISOS II E IV, E 121, § 2.º, INCISO IV, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO PARA A CONDUTA DE LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. SUBSIDIARIAMENTE, PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NO WRIT. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE SEMPRE QUE A CONFISSÃO DO ACUSADO FOR UTILIZADA PARA A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. SÚMULA 545/STJ. NO JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI, AO PROFERIR SENTENÇA, O JUIZ PRESIDENTE SOMENTE CONSIDERARÁ AS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES ALEGADAS NOS

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pág. 189.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

DEBATES EM PLENÁRIO. ART. 492, INCISO I, ALÍNEA 'B', DO CPP. CONSIDERA-SE DEVIDAMENTE DEBATIDA EM PLENÁRIO NÃO APENAS A ATENUANTE AVENTADA PELA DEFESA TÉCNICA, MAS TAMBÉM A QUE EMERGE DA AUTODEFESA DO ACUSADO. IN CASU, A CONFISSÃO NÃO EMERGIU DOS DEBATES EM PLENÁRIO DO JÚRI. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA 'A', DO CP. DESLOCAMENTO DA QUALIFICADORA SOBEJANTE DO ART. 121, § 2.º, INCISO II, DO CP. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - A Corte de origem não se manifestou sobre as teses defensivas de desclassificação da imputação para o delito de lesão corporal seguida de morte ou para a forma tentada do homicídio, que não lhe foram nem mesmo oportunamente devolvidas no apelo criminal, de modo que não poderia este Superior Tribunal se pronunciar originariamente acerca dos temas sob pena de indevida supressão de instância. - De toda forma, não há que falar em desclassificação da condenação para o tipo de lesão corporal seguida de morte ou para a forma tentada do homicídio, pois a medida demandaria inviável reexame fático-probatório, a que o writ não se presta. - A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. - A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a confissão do acusado, quando utilizada para a formação do convencimento do julgador, deve ser reconhecida na dosagem da pena, como circunstância atenuante, nos termos do art. 65, inciso III, alínea 'd', do CP, mesmo quando retratada ou eivada de teses defensivas, discriminantes ou exculpantes. Inteligência da Súmula n. 545/STJ. - As circunstâncias agravantes ou atenuantes, entre elas a confissão, entretanto, somente poderão ser consideradas na formulação da dosimetria penal no julgamento perante o Tribunal do Júri, pelo Juiz presidente, quando debatidas em Plenário. - Para que se considere debatida em Plenário, não é necessário que a confissão seja arguida pela defesa técnica, podendo emergir do depoimento do próprio acusado, no exercício de sua autodefesa, bastando que conste, da ata de julgamento do Tribunal do Júri, a sua efetiva ocorrência. - No caso, a confissão dos delitos não foi aventada no



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

Plenário do Júri, nem por ocasião da autodefesa do paciente, nem pela defesa técnica, de modo que é irretocável a sentença condenatória no ponto em que não aplicou essa atenuante. - **Reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras, uma delas poderá ser utilizada para tipificar a conduta como delito qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou como circunstância judicial, na primeira das etapas do critério trifásico, se não forem previstas como agravante.** - Não há que falar em bis in idem na aplicação da agravante genérica do art. 61, inciso II, alínea 'a', do Código Penal, uma vez que, na hipótese, ocorreu simples deslocamento da qualificadora sobejante do art. 121, § 2.º, inciso II, do Código Penal, para a segunda etapa dosimétrica, procedimento autorizado pela jurisprudência desta Corte Superior. Habeas corpus não conhecido." (HC 527.258/SP, **Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA**, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019) - destaquei -

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **FURTO QUALIFICADO**. SUBTRAÇÃO DE NUMERÁRIO DE CAIXA ELETRÔNICO DE AGÊNCIA BANCÁRIA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NO LOCAL DOS FATOS. AUSÊNCIA QUE NÃO IMPEDE A INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA NO CASO. JUNTADA DE AUTO DE CONSTATAÇÃO DE DANO INDIRETO E DE FOTOGRAFIAS E FILMAGENS QUE COMPROVAM O MODUS OPERANDI DA AÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL NÃO CONFIGURADA. PENA-BASE MAJORADA A PARTIR DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A ausência de perícia no local dos fatos não impede, no caso, a incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo, uma vez que foi realizada perícia indireta, além do mais as fotografias e filmagens juntadas aos autos comprovam o modus operandi da ação. 2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria. 3. A exasperação da pena-base dos agravantes fundamenta-se em dados concretos do delito. De acordo com o entendimento desta Corte, a premeditação efetivamente evidencia uma conduta mais censurável do agente, motivo pelo qual autoriza a conclusão pela desfavorabilidade da circunstância judicial relativa à culpabilidade.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

Outrossim, **reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras, apenas uma delas será utilizada para tipificar a conduta como furto qualificado, sendo que as demais poderão ser valoradas como circunstância judicial na primeira fase da etapa do critério trifásico, se não for prevista como agravante.** Por fim, demonstrado prejuízo relevante à vítima, é possível a moduladora circunstâncias do delito ser valorada negativamente. 4. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no REsp 1715910/RS, **Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS**, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 25/06/2018) - destaquei -

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu:

"APELAÇÃO CRIMINAL - **FURTO QUALIFICADO** - MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES - TENTATIVA - INVIABILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO - PENA-BASE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PRÓPRIAS DA ESPÉCIE DELITIVA - ANÁLISE EQUIVOCADA - **EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS - UTILIZAÇÃO DE UMA DELAS PARA QUALIFICAR O DELITO E OUTRA PARA AUMENTAR A PENA-BASE.** - A consumação no delito de furto dá-se quando a coisa subtraída passa ao poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, saindo da esfera de disponibilidade da vítima. - As circunstâncias genéricas, próprias do crime a que condenado o réu, não podem ser valoradas em seu desfavor quando da fixação da pena-base, pois já foram consideradas pelo legislador quando da criação do tipo penal e na conseqüente cominação das sanções. - **A incidência de duas qualificadoras para o delito permite que o julgador se utilize de uma delas para qualificar o crime e de outra para exasperar a pena-base, incidindo, pois, como circunstância judicial desfavorável.**" (TJ/MG, Processo APR 10647160014146001 MG, Órgão Julgador: Câmaras Criminais/7ª CÂMARA CRIMINAL, Publicação 26/05/2017, Julgamento 18 de Maio de 2017, **Relator: Cássio Salomé**) - destaquei -

In casu, foram reconhecidas em desfavor dos Apelantes duas qualificadoras, quais sejam, "com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa - **inciso I, do § 4º, do art. 155, do Código Penal**" e "mediante concurso de duas ou mais pessoas - **inciso IV, do § 4º, do art. 155 do Código Penal**", assim, utilizada a segunda para qualificar o crime, verifica-se **correto**

11



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

o uso da primeira para afastar do mínimo a pena-base na primeira fase da dosimetria como circunstância judicial desfavorável (consequências do crime).

Ademais, cumpre destacar que o rompimento de obstáculo restou comprovado através do Laudo Pericial de Constatação de Danos, acostado aos autos às fls. 103/109.

Portanto, não existem reparos a serem operados no tocante à análise das circunstâncias Judiciais.

Pois bem.

Vale registrar que a lei não estabelece critério lógico ou matemático para dimensionar a pena-base, eis que concedida ao Julgador a discricionariedade regulada pelos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, devendo, portanto, ser aumentada a reprimenda na exata medida em que se revelam existentes requisitos prejudiciais ao acusado.

Leciona **Guilherme de Souza Nucci**⁴:

"(...) Conceito de fixação da pena: **trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada) (...) O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentre eles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendo as**

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª ed. Rev., atual e ampl.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. págs. 393/394.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

exigências da espécie concreta, isto é, suas singularidades, as suas nuanças objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina (...) confira-se a lição de Ivair Nogueira Itagiba: '(...) Um caso concreto pode semelhar-se a outro. Não são, todavia, iguais. (...) Critérios apriorísticos, objetivos e dosimétricos, moldes e tarifas, nada existe capaz de servir com precisão matemática de roteiro infalível a todos os casos(...)."

Acerca da discricionariedade do Magistrado, o Superior Tribunal de Justiça pontificou:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. TRANSPORTE DE MAIS DE MEIA TONELADA DE MACONHA. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. OMISSÃO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO, O QUAL RECONHECEU, MAS NÃO DIMINUIU A PENA. MAJORANTE DO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/2006. AUMENTO DE 1/3 (UM TERÇO) NÃO JUSTIFICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Hipótese em que o Paciente foi condenado às penas de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, por ter transportado 519 (quinhentos e dezenove) quilogramas de maconha. 2. **As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejadas com o juízo de valor a ser feito caso a caso na delimitação da gravidade concreta do crime, conduzem a algum grau de discricionariedade na aplicação da pena-base.** 3. **Todavia, convém não confundir o conceito de discricionariedade com o conceito de arbitrariedade. Este refere-se a uma liberalidade decisória não permitida pelo Direito, advinda de meros impulsos emotivos ou caprichos pessoais que não se apóiam em regras ou princípios institucionais. Aquele, ao revés, envolve o reconhecimento de que a vagueza de certas normas jurídicas implica a necessidade de apelo ao juízo subjetivo de Magistrados que interpretam o Direito à luz de diferentes concepções de justiça e de diferentes parâmetros de relevância, bem como de que a decisão tomada dentro dessa zona de incerteza deverá ser considerada juridicamente adequada caso seja informada por princípios jurídicos e esteja amparada em critérios como razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e sensatez. Daí falar-se em discricionariedade guiada ou vinculada. (...) Sendo assim, embora não haja vinculação a critérios puramente matemáticos, os**

13



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (accountability) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um juízo de coerência entre (a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; (b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e (c) o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos parecidos (...). 11. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, a fim de reduzir as penas do Paciente para 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa." (HC 461.784/MS, **Relatora Ministra LAURITA VAZ**, SEXTA TURMA, Julgamento: 06/12/2018) - destaquei -

Repise-se, a pena em abstrato tem balizas definidas pelo Legislador, assim, conforme expressa previsão legal (art. 59, inciso II, do Código Penal), a pena-base deverá ser dosada entre o limite mínimo e máximo estabelecido no preceito secundário do tipo penal.

Portanto, o julgador exercerá seu poder discricionário para análise de cada circunstância judicial, devendo estabelecer critérios para fixação da pena-base, partindo da valoração dos vetores judiciais, eis que a dosimetria não é uma simples operação matemática.

In casu, o aumento usado pelo Juízo de Piso não merece reparos, eis que agiu de acordo com sua discricionariedade, com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como em completa simetria com o contexto criminoso evidenciado nos autos, sendo adequada a reprimenda fixada em concreto.

Assim, permanecem inalteradas as penas-bases



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

fixadas.

- Do afastamento da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal.

De acordo com entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal é de natureza objetiva e independe da ciência do agente acerca da idade da vítima.

Pugna a defesa pelo afastamento da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, pois os Recorrentes desconheciam que a vítima era idosa.

Razão não lhe assiste.

O Código Penal estabelece:

"Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
II - ter o agente cometido o crime:
h) **contra** criança, **maior de 60 (sessenta) anos**, enfermo ou mulher grávida;" - destaquei -

A Ficha Civil de Identificação da vítima **Francisco Ferreira de Lima**, juntada aos autos à fl. 83, declara que ele nasceu em 30/12/1954, o evento criminoso aconteceu no dia 20/11/2015, comprovando-se que **o ofendido contava à época dos fatos com 61 (sessenta e um) anos de idade.**

A agravante em análise é circunstância de natureza objetiva, independe da ciência do agente acerca da idade da vítima.

Nessa senda:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. BEM QUE NÃO FOI RESTITUÍDO À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIA INERENTE AO TIPO. DECOTE DO REFERIDO VETOR. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA H, DO CÓDIGO PENAL. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS. PREVISÃO JÁ EXISTENTE NO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DE TERMO ABERTO POR PREVISÃO OBJETIVA. VÍTIMA QUE JÁ CONTAVA COM IDADE SUPERIOR A 60 ANOS. AGENTE QUE NÃO PRECISA TER CIÊNCIA DA IDADE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA. VULNERABILIDADE PRESUMIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. - Na hipótese, a valoração negativa das consequências do delito fundamentou-se no fato de a quantia subtraída não foi recuperada pela vítima. Entretanto, a diminuição do patrimônio da vítima é inerente à prática de crime contra o patrimônio, do qual o roubo é espécie. Necessário, portanto, o decote do referido vetor. Precedentes. - Na segunda fase da dosimetria, quanto ao pretendido afastamento da agravante prevista no 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal (ter o agente cometido o crime contra maior de 60 anos), deve-se ressaltar que a substituição da expressão velho, constante do texto anterior, por maior de 60 (sessenta) anos, incluída pela Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) no Código Penal, não tratou de inovação legal, mas apenas de substituição de conceito aberto - cuja interpretação poderia vir a ser subjetiva e ampla -, por termo objetivo. - Tal substituição, porém, não é capaz de trazer prejuízos ao paciente, pois ficou claramente assentado nos autos que, ao tempo da prática do delito, a vítima já contava com 65 anos de idade. - **Quanto à alegação de que o paciente não teria conhecimento da idade da vítima, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a referida circunstância tem natureza objetiva, a qual independe do conhecimento do agente para sua incidência, uma vez que a vulnerabilidade do idoso é presumida.** - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena aplicada ao paciente, pelo delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, para 10 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 22 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 403.574/AC, Rel.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 30/05/2018) - destaquei -

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. AUMENTO DE 1/4. VÁRIAS CONDENAÇÕES. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, "h", DO CÓDIGO PENAL. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS. SÚMULA N. 443/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. As condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes. 3. O aumento da pena-base em 1/4 não se mostra desproporcional, tendo em vista a existência de várias condenações anteriores. **4. A incidência da agravante prevista no art. 61, II, "h", do Código Penal, circunstância de natureza objetiva, independe da ciência do agente acerca da idade da vítima.** 5. O aumento da pena, em 3/8, na terceira fase, não se deu com fundamento exclusivo no número de majorantes, mas sim em razão da maior reprovabilidade da conduta, evidenciada, sobretudo, pelo número de agentes [quatro] e pela restrição à liberdade das vítimas que foram colocadas em um quarto, amarradas, juntamente com os pais idosos. Não há, portanto, ofensa à Súmula n. 443 do STJ. 6. Habeas corpus não conhecido." (HC 405.214/SP, **Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK**, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017) - destaquei -

Com efeito, o idoso é vulnerabilizado pela sua própria compleição física, e conforme demonstrado acima, tinha 61 (sessenta e um) anos no dia dos fatos, caracterizando a maior reprovabilidade da conduta perpetrada, não havendo que se falar em revisão da dosimetria aplicada.

Posto isso, voto pelo desprovimento do apelo.

Sem custas.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Tribunal de Justiça - Câmara Criminal

É o voto.

DECISÃO

Conforme consta da Certidão de Julgamento, a decisão foi a seguinte:

"Decide a Câmara, à unanimidade, negar provimento aos apelos. Câmara Criminal - 13/02/2020."

Participaram do julgamento os Desembargadores Elcio Mendes, Samoel Evangelista e Pedro Ranzi.

Bel. Eduardo de Araújo Marques
Secretário