



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000309297

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501689-84.2022.8.26.0470, da Comarca de Porangaba, em que é apelante/apelada DANIELI MARIA DE OLIVEIRA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NEGARAM PROVIMENTO ao recurso defensivo e DERAM PROVIMENTO ao recurso ministerial para reformar a dosimetria, fixando-se a pena definitiva da ré em 06 (seis) meses de detenção, em regime semiaberto.V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1501689-84.2022.8.26.0470
Apelante: Danieli Maria de Oliveira
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Comarca: Porangaba
Magistrada: Josias Martins de Almeida Júnior
Voto 10787

EMENTA. Apelação Criminal. Ameaça e Maus tratos. Absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Provas seguras de autoria e materialidade. Relatos firmes e coerentes da vítima. Responsabilização inevitável. Dosimetria reformada. Recurso ministerial acolhido para considerara a condenação ostentada pela ré como reincidência. Regime aberto afastado e regime semiaberto fixado. Recurso defensivo desprovido e recurso ministerial provido.

Trata-se de apelação interposta por Danieli Maria de Oliveira e pelo Ministério Público contra a sentença (fls. 114/122), que a condenou como incurso na sanção do artigo 147, *caput*, e artigo 136, *caput*, combinado com o artigo 61, inciso II, alíneas “e”, “f” e “h”, todos do Código Penal, ao cumprimento de 05 (cinco) meses e 05 (cinco) dias de detenção, em regime prisional inicial aberto.

Inconformado, o Ministério Público apelou, requerendo a reforma da dosimetria para aplicar a agravante da reincidência e fixar o regime semiaberto para o início da pena (fls. 132/136).

Inconformada, a Defesa requereu a absolvição da ré por ser insuficiente o conjunto probatório (fls. 156/161).

Os recursos foram contrarrazoados (fls. 150/155 e 166/169).

Em seu parecer, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso defensivo e provimento ao recurso ministerial (fls. 170/188).

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo primeiro da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do

Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

A apelante foi condenada pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 22 de novembro de 2022, por volta das 17:00 horas, na Rua Professor José Celso de Melo, 700, no Centro, próximo a uma padaria, na Cidade de Guareí, na Comarca de Porangaba, Danieli Maria de Oliveira ameaçou a filha Kauany Gabriela de Oliveira, com palavras, de lhe causar mal injusto e grave.

Consta, outrossim, nos inclusos autos de inquérito policial, que, antes de 04 de novembro de 2022, na Rua Francisco Ribeiro da Silva, 82, no Alto do Cruzeiro, no Município de Guareí, na Comarca de Porangaba, Danieli Maria de Oliveira expôs a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia que privando-a de alimentação ou cuidado indispensável, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando dos meios de correção ou disciplina.

Segundo apurado, a acusada determinava à filha Kemily, ainda criança com onze anos de idade, limpar o quintal e se ela não o fizesse a contento, “apanhava brutalmente”.

A ré ainda obrigava a vítima a limpar a casa, impedia-a de sair e lhe chamava a atenção, com a finalidade de “zelar pelo bem-estar da criança”.

A ré Danieli, certa ocasião, desferiu contra a filha chineladas que deixaram marcas e, por determinação da mãe, se ausentou da escola e do Projeto Clube de Mães, para ninguém observar as agressões.

As referidas agressões tiveram início com o nascimento da irmã caçula da ofendida.

Em 04 de novembro de 2022, Kauany, irmã de Kemily, constatou que havia queimaduras no pescoço da menor, causado por álcool que foi passado no cabelo para matar piolhos, que queimou com o calor do sol.

Em razão dos maus-tratos sofridos por Kemily, a irmã Kauany a retirou da residência da genitora e a levou para a casa da avó.

E Kauany, em 24 de novembro, por determinação do Conselho Tutelar, no horário de almoço, deslocou-se à residência da mãe, para retirar os pertences da irmã.

No entanto, a acusada se irritou e, no mesmo dia, à tarde, encontrou Kauany na rua, ocasião que a ofendeu e a ameaçou dizendo que iria “agredi-la se a encontrasse na rua”.

O laudo pericial constatou que as queimaduras, suportadas pela ofendida, na região anterior do tórax, causaram-lhe lesão corporal de natureza leve (fls. 11/12)

A materialidade resultou evidenciada pelo boletim de ocorrência (fls. 01/02), a ficha de pronto atendimento (fls. 07), o laudo pericial (fls. 11/12), a escuta especializada (fls. 13/20), o relatório (fls. 21), o relatório de informação (fls. 95/96), e pela prova oral coligida.

A autoria, do mesmo modo, resultou incontroversa.

Na fase policial (fl. 10), a ré prestou a seguinte declaração: *“Informa ser genitora das vítimas Kauany e Kemily, além de ter outros três filhos, com idades entre 03 e 19 anos. A declarante nega ter agredido fisicamente Kemily, sendo certo que ela, sem seu conhecimento prévio, realmente passou arruda com álcool no cabelo, a fim de matar piolhos, ficando muito tempo sob o sol forte, ocasionando queimadura no pescoço. Uns dias depois, Kemily foi passar o final de semana na casa da mãe da declarante, e quando saía da sua residência, Kauany, ao ver a queimadura no pescoço da irmã, lhe perguntou o que havia acontecido, ocasião em que relatou a ela sobre o álcool com arruda que a menina havia passado no cabelo. Kemily, naquela data, acabou não acompanhando a irmã até a casa da avó, ficando em sua residência normalmente, junto com os demais irmãos. Uns dias depois, a declarante, ao chegar do trabalho, recebeu um telefonema do Conselho Tutelar local, no qual se solicitava seu comparecimento junto à sede daquele órgão, o que foi feito. Lá chegando, foi informada pelas conselheiras tutelares que Kemily seria afastada preventivamente de sua casa, uma vez que havia denúncia de maus-tratos em desfavor da declarante, contra a filha. A declarante, na ocasião, indagou às conselheiras que tinham feito uma visita em sua*

casa para melhor averiguar os fatos, bem como, conversado com vizinhos, recebendo resposta negativa a esses questionamentos. Depois, em conversa com Rita, psicóloga do CRAS, perguntou em que consistiam os maus-tratos contra sua filha, recebendo como resposta que a obrigava a limpar a casa, não deixava sair à rua e chamava a sua atenção, ocasião em que confirmou que realmente fazia aquilo, pois zelava pelo bem-estar da menina. Kemily só tinha função de limpar o próprio quarto, e, na visão da declarante, isso não consiste em trabalhos forçados, pois apenas está no seu dever de mãe, educando a filha. Desde então, Kemily está residindo, provisoriamente, com a mãe da declarante e, segundo é do seu conhecimento, ficando até altas horas da noite na rua. Quanto à alegação de Kauany, a declarante confirma que realmente se desentendeu com ela por ter entrado em sua casa sem a sua presença, tendo em vista que ambas não se falam já há algum tempo, e sempre que se encontram na rua, ela a provoca. Não ameaçou Kauany de morte, apenas disse que iria dar uma surra nela após tantas provocações. A declarante confirma que já teve problemas com drogas no passado, mas há alguns anos, não mais faz uso de substâncias entorpecentes, e bebe apenas socialmente em sua casa, em fins de semana de folga.”

Ao ser interrogada, em Juízo, a ré Danieli disse que se desentendeu com Kauany. Consignou que pedia à filha Kemily para arrumar o quarto dela, porém, não a obrigava. Ressaltou que a colocava de castigo, porque ela fugia de casa, e não queria que ela ficasse na rua. Aduziu que ela foi morar com a avó e continuou fugindo. Admitiu ter sido rígida com a filha. Esclareceu que em relação ao álcool, a filha estava com piolho e foi dormir na casa de uma amiga, local que a mãe da colega passou álcool com arruda no cabelo dela, pediu para lavar o cabelo, e na sequência a levou à “prainha”, e em razão do sol excessivo acabou queimando o pescoço de Kamily. Ratificou que não colocou álcool no cabelo da filha. Disse que deixava a filha de castigo, e a impedia de brincar na rua. Asseverou que brigou com Kauany dizendo que iria bater nela, época que ela tinha dezoito anos, porém foi de boca pra fora visando educá-la.

A vítima Kauany relatou que se desentendeu com a sua mãe, tendo ela a ameaçado de agredir. Esclareceu que não residia com a sua mãe. Sua

irmã lhe disse que era agredida pela genitora. Não sabe direito sobre a situação do álcool, ou chinelada, pois não presenciou os fatos, no entanto, a sua irmã Kamili Victória estava com uma mancha no pescoço parecendo queimadura.

Durante sua escuta especializada (fls. 17/18), destaca-se o seguinte trecho: *“(...) começou contando que apanha muito da mãe (...) atualmente, todos os dias, a mãe pede para ela limpar o quintal e caso não limpe do jeito que mãe quer, ela apanha brutalmente (...) contou que a mãe procura bater em lugares que não ficavam marcas. “Teve um dia que a mãe deu-lhe uma chinelada do rosto e ficou marca do chinelo, e por imposição da mãe, teve que faltar da escola e do projeto clube das mães para ninguém ver as marcas” (...) “Kamili falou que quer muito embora com a avó, porque ela conversa e a mãe só bate (...)”*

Como é ressabido, os crimes relacionados à violência doméstica comportam especial desafio ao Estado, porque, apesar de alta reprovabilidade social, costumam ocorrer no foro da intimidade familiar. E, portanto, desenvolvem-se sob o manto da clandestinidade. Por isso, a palavra da vítima no esclarecimento dos fatos mostra-se indispensável ao revelar a verdade.

Nesse sentido, formou-se pacífico entendimento pretoriano a respeito.

“APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES CORPORAIS LEVES. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR. Em crimes decorrentes de violência doméstica, a palavra da vítima é de sua importância, principalmente quando vem acompanhada de prova de materialidade do delito. Caso em que o réu não trouxe aos autos nenhum elemento de prova capaz de desfazer a versão trazida na peça acusatória. Os procedimentos judiciais decorrentes de atos de violência doméstica com lesão física de qualquer natureza possuem natureza pública incondicionada, sendo desnecessária a representação da ofendida ou seu interesse neste sentido para que se de prosseguimento ao feito. Sentença mantida. Apelação desprovida (TJRS, Apelação Criminal 70069511519/RS, Relator Des. José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em 11/09/2014, Segunda Câmara Criminal).

A testemunha Rita de Cassia, técnica responsável pela escuta especializada, relatou que a ré colocava Kamili para fazer serviços domésticos, que ela era muito rígida na correção da filha, chegava a bater, e teve uma vez que Kamili reclamou para a sua avó e irmã Kauany que era agredida pela mãe. Esclareceu que a Kamili saiu da casa da genitora para residir com a avó e a Kauany

foi buscar suas roupas, porém Danieli a impediu. Aduziu que neste dia Danieli ameaçou e tentou agredir a filha Kauany. Disse ter constatado haver um conflito entre Danieli e a mãe dela Dineia. Consignou que quando Danieli era rígida Kauany corria para a casa da avó. Asseverou que pelo que ouviu de Kauany a mãe ultrapassava os limites na educação das filhas, porém parece que havia uma fuga da menor com a finalidade de ter mais liberdade sob os cuidados da avó. Esclareceu que segundo Kauany estavam na represa e Danieli passou um produto no cabelo de Kamili, que acabou queimando a pele dela. Aduziu que acompanhou a família, inclusive teve uma fase que Kamili passou por uma fase que não havia limites à sua educação, e aparentemente no desespero da Sra. Danieli por não conseguir educá-la acabava sendo mais rígida e agredida a filha. Consignou que aparentava haver uma fuga de Kamili, pois como a mãe dela era brava ela ficava mais na casa da avó. Acrescentou que Kamili acabou sendo acolhida na Casa Transitória.

A testemunha Dineia de Oliveira, avó da menor, disse que Danieli na época maltratou as filhas. Disse que Kamili fugia muito da casa, e a mãe Danieli não estava conseguindo segurá-la, aí foi morar na sua casa. Disse que Kauany já residia consigo, e no dia que Kamili se deslocou à sua casa, ela estava sem roupas. Esclareceu que Kauany se deslocou à casa da genitora para pegar as roupas de Kamili, no entanto, Danieli a impediu, e saiu correndo atrás dela com intenção de agredi-la. Aduziu que Danieli correu atrás de Kauany com intenção de bater nela, e como ela é mais nova conseguiu fugir, e ir direto à delegacia de polícia para registrar o boletim de ocorrência. Consignou que Kamili se queixava muito, que ficava de castigo, era agredida, era obrigada a limpar a casa, caso contrário não deixava Kamili sair. Esclareceu que Kamili ficou com a pele no vivo, sofreu queimaduras, pois Danieli colocou álcool com arruda na cabeça dela por causa de piolho, e neste dia na “prainha”, e como estava muito sol, sofreu queimaduras no pescoço. Aduziu que Kamili não se dava bem com a mãe.

Essa é a prova coligida.

Dessa forma, ao contrário do que argumentou a defesa da ré, que a prova resultou cristalina de que o delito previsto no artigo 147, *caput*, do Código Penal, ocorreu e foi cometido pela acusada, ficando incontroverso que a ré

ameaçou a vítima, merecendo inteira credibilidade a versão ofertada pela vítima na delegacia e pelas testemunhas, na fase policial e em juízo, formando uma boa e robusta prova incriminadora, ficando inviável o argumento da combativa defesa no sentido da insuficiência probatória.

A ameaça proferida pela ré, visivelmente desestabilizou e atemorizou a vítima. Resultou claro que tais palavras visavam atingir a integridade psicológica das vítimas, o que conseguiu, como vimos em seus depoimentos em Juízo, não havendo que se falar em absolvição, como quer fazer crer a defesa.

A negativa da ré ficou isolada nos autos, mostrando-se frágil e sem aceitação.

Portanto, as teses defensivas de nada amparam a ré, não merecendo crédito nenhum, tendo em vista que os autos se encontram carregados de conteúdo probatório.

Resultou devidamente comprovado que a ré ameaçou, por palavras, a vítima, de causar-lhes mal injusto e grave, sendo sua condenação também pelo crime de ameaça, medida de rigor.

Ainda, necessário pontuar que ficou evidenciada a intimidação e o temor incutido na vítima, que demonstrou claramente ter se abalado com a ameaça, temendo por sua vida e procurando respaldo na autoridade policial, circunstâncias suficientes para a configuração dos delitos em questão, pouco importando se as ameaças foram proferidas pelo réu em momento de exaltação, nervoso, raiva, embriaguez ou no calor de discussão.

Nesse sentido:

“O crime de ameaça consiste em o sujeito anunciar à vítima a prática de mal injusto e grave, consistente num dano físico, econômico ou moral” (RT 597/328).

“O crime de ameaça é meramente formal e se consuma desde que a vítima se sinta intimidada, pouco importando se o agente estava ou não nervoso ou, por qualquer modo, fora de seu estado normal” (RT 677/370).

“Em se tratando de crime de ameaça, é irrelevante que o agente não estivesse com ânimo calmo e refletido, se não há evidências que apontem a absoluta falta de intenção em prometer mal futuro e grave, sendo certo que nem sempre a explosão de ira descaracteriza o referido delito, pois que a paixão e a violenta emoção, assim como a embriaguez, não anulam a vontade, podendo, ao contrário, ser poderosos veículos para extravasar séria

pretensão de causar mal à vítima, a qual não pode ser obrigada a suportar coléricos do agressor” (RJDTACRIM 41/77).

Vale ressaltar que *“se a vítima ficou com a sua liberdade psíquica afetada pelas ameaças reiteradas do acusado, a ponto de procurar a Polícia para pedir proteção, não há negar a existência do delito do artigo 147 do CP. O dolo se caracterizou, ainda que o sujeito ativo não tivesse a intenção de praticar o mal prometido”* (RT 375/204).

Também merece destaque: *“ira, cólera, exaltação de ânimo não despojam de força intimidativa e de seriedade ameaçadora o anúncio de oportuna causação de mal injusto e grave, o que é especialmente verdadeiro para a hipótese de ameaça de morte, pois a observação do que ordinariamente acontece demonstra, sem deixar margem à dúvida, que a maior parte dos homicídios é fruto daqueles estados de alma”* (TACRIM-SP - Habeas Corpus - Relator Des. Corrêa de Moraes - RJD 20/183).

Da mesma forma, não há que se falar em ausência de dolo específico, porquanto nítido o excesso na conduta da acusada.

Há que se ressaltar que a ofendida se sentiu constrangida, temerosas com as promessas de mal veiculadas pela acusada. E o ânimo exaltado não afasta a tipificação do delito de ameaça, posto que a promessa de mal injusto e grave capazes de causar temor à vítima, como no presente caso, basta para a sua caracterização.

Quanto ao crime de maus tratos, também não restaram dúvidas em relação à autoria delitiva.

O crime de maus-tratos engloba ao menos quatro condutas em “lato senso”, ou seja, violência sexual, física, emocional e negligência, pois todas são formas graves de violação de direitos de crianças e adolescentes, assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e Constituição Federal.

Conforme relatado no Conselho Tutelar (fls. 95/96): *“(...) no dia 03/11/2023 recebemos uma ligação dizendo que Kemily teria fugido com um rapaz maior de idade, orientamos a genitora a fazer um boletim de ocorrência para a proteção de Kemily, porém por várias veze relatou assim “eu não quero mais essa menina, eu não tenho mais vida, não vivo mais e minha mãe também não quer” (...)*”

O laudo realizado na vítima e acostado (fls. 11/12) atestou a presença de cicatriz de queimadura localizada em região anterior do tórax.

A negativa da vítima vai de encontro ao seu interrogatório prestado na fase policial (fl. 10), oportunidade em que afirmou: “(...) *realmente passou arruda com álcool no cabelo, a fim de matar piolhos, ficando muito tempo sob o sol forte, ocasionando queimadura no pescoço (...)*”.

Não há dúvidas de que a apelante abusou de meios de correção, expondo a perigo a saúde da filha. Demonstrado o dolo na conduta da apelante, isto é, ele agiu com vontade livre e consciente de maltratar sua filha.

Dessa forma, diante do conjunto probatório coligido nos autos, não há dúvidas em relação à autoria e à materialidade dos delitos. Portanto, inviável a aplicação dos princípios da presunção da inocência ou “*in dubio pro reo*”.

Passo à análise das reprimendas e regime prisional imposto.

Dosimetria referente ao crime de ameaça.

Na primeira fase, a pena-base foi exasperada em razão dos maus antecedentes ostentados pela ré (fls. 87/89 - Processo 0014991-77.2005.8.26.0269).

Nesse ponto, a valoração negativa em relação às circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59, do Código Penal, justificam a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Sabe-se que a fixação da pena base é procedimento de discricionariedade juridicamente vinculada, visando estabelecer sanção suficiente e necessária para a prevenção e reprovação do delito.

Assim, o magistrado detém margem para externar a sua convicção. Coerente esse subjetivismo quando o somatório das circunstâncias judiciais apresente justificativa bastante para a quantificação da pena-base acima do mínimo legal.

A lei não determina qualquer critério lógico ou matemático a ser seguido na dosagem do quantum da pena. Tão somente devem ser observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da individualização.

Nesse sentido:

“DOSIMETRIA. PENA BASE. EXASPERAÇÃO EM 3/4 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. MODUS OPERANDI DO DELITO. PREMEDITAÇÃO. PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM PROPORCIONAL. A análise das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto” (Habeas Corpus 479.693/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019).

Ademais, ao contrário da intenção defensiva, importa ressaltar que a conduta anterior, que nitidamente também caracterizaria reincidência, foi generosamente reconhecida como uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis sendo aumentada a pena em fração muito menor do que se fosse aplicada a agravante na segunda fase.

Por fim, inadmissível acolher o pleito defensivo de dupla punição ao utilizar o mau antecedente para elevação da pena, além de outras ponderações desfavoráveis, uma vez que condenações pretéritas sequer caracterizam “bis in idem” quando sopesadas na primeira e na segunda fase da dosimetria, quiçá em só uma delas, atendendo-se afetivamente ao princípio da individualização das penas, nos termos dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

“CRIMINAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONDENAÇÕES DISTINTAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. O transcurso de prazo superior a cinco anos entre a data do término do cumprimento da condenação anterior ou da extinção da pena e a data do delito posterior apenas impede o reconhecimento da reincidência do réu, devendo tal circunstância ser sopesada como mau antecedente, permitindo a

exacerbação da pena-base acima do piso legal (STJ, Habeas Corpus 196026/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJE 19/05/2011).

Entretanto, houve a insurgência ministerial em relação à valoração do processo nº 0010376-36.2011.8.26.0624 como maus antecedentes, uma vez que, conforme se observa pela folha de antecedentes acostada às fls. 84/85, a pena foi extinta em 13/06/2021, isto é, há menos de cinco após o crime objeto de apuração nesta ação penal, de sorte que, em razão do disposto no art. 64, I, do Código Penal, tal condenação deve ser reconhecida como recidiva.

Portanto, acolho o pleito ministerial e reconheço a referida condenação a título de reincidência, e não como maus antecedentes.

Sendo assim, fixo a pena-base no mínimo legal, em 01 (um) mês de detenção.

Na segunda fase, a condenação anteriormente valorada como maus antecedentes deve ser adotada como agravante de reincidência. Ainda incidem as agravantes previstas no artigo 61, inciso II, alíneas "e" (contra descendente) e "f" (prevalecendo-se das relações domésticas), ambas do Código Penal, de forma que a pena deve ser exasperada na fração de 1/2, resultando em 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção.

Na fase derradeira, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, mantendo-se a pena definitiva em 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção.

Dosimetria referente ao crime de maus tratos.

Na primeira fase, conforme já fundamentado acima, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, uma vez que a condenação anteriormente valorada como maus antecedentes será valorada como reincidência, fixando-a em 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Na segunda fase, além da reincidência, ainda incidem as agravantes previstas no artigo 61, inciso II, alíneas "e" (contra descendente) e "f" (prevalecendo-se das relações domésticas), ambas do Código Penal, de forma que a pena deve ser exasperada na fração de 1/2, resultando em 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Na fase derradeira, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, mantendo-se a pena definitiva em 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

As penas devem ser cumuladas, de acordo com a regra prevista no artigo 69, do Código Penal, totalizando o montante de 06 (seis) meses de detenção.

Quanto ao regime prisional impositivo à espécie, o juízo *a quo* fixou o regime aberto, razão pela qual o Ministério Público se insurgiu, requerendo a fixação do regime semiaberto, em razão da reincidência ostentada pela ré.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, tendo em vista as condições judiciais desfavoráveis da apelada, que ostenta maus antecedentes e é reincidente, tudo a demonstrar a sua periculosidade e contumácia criminosa, bem como que as punições anteriormente experimentadas por ele não lhe proporcionaram a necessária conscientização, de nada valendo, portanto, a prevenção especial, sem nenhum efeito intimidativo no caso concreto, a recomendar, de conseguinte, a imposição do regime prisional diverso do aberto para o início do desconto da pena corporal, como sinal de maior reprovabilidade de sua repetida conduta, nos termos do artigo 33, parágrafos segundo e terceiro, do Código Penal, de forma que o regime intermediário se apresenta de boa monta considerada a natureza do crime e suas circunstâncias.

Com efeito, a despeito da pena aplicada, a reincidência do apelado, impede a fixação de regime inicial aberto, nos termos do artigo 33, § segundo, alínea “c”, do Código Penal (“contrario sensu”), § terceiro, do Código Penal.

O passado criminoso da apelada, que demonstrou personalidade avessa ao ordenamento jurídico, ostentando maus antecedentes e sendo reincidente, deixa clara a insuficiência da fixação do regime aberto, devendo ser fixado o regime prisional semiaberto para início do cumprimento da reprimenda.

Não é apenas o montante da pena ou a gravidade abstrata da conduta que devem balizar a modalidade prisional, mas também a

necessidade de justa e suficiente resposta jurisdicional, apta à reprovação e, principalmente, a obstar a reiteração criminosa, não se olvidando que é justamente em relação aos crimes contra o patrimônio que se verifica a maior propensão a reincidir.

Assim, inviável cogitar-se de regime prisional aberto, tendo em vista que tal benesse é insuficiente para a correta repressão do delito em análise e às circunstâncias concretas do crime em apreço, por ser o apelado reincidente, nos termos do artigo 33, § terceiro, do Código Penal, não se cogitando ofensa às Súmulas 718 e 719, do STF ou mesmo aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade ou da individualização da pena.

Não é outro o entendimento dos nossos Tribunais Superiores:

“CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO A COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULA/STJ 440. HABEAS CORPUS 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. No que se refere ao pleito de afastamento da agravante da reincidência, é firme a jurisprudência desta Corte de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (HC 175.538/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 18/04/2013). As instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, por isso, a pena base foi fixada no mínimo legal. Contudo, o paciente é reincidente e a sanção corporal foi fixada em 8 (oito) meses de reclusão, motivo pelo qual, em aplicação do regime legal, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido” (STJ, Habeas Corpus 315.449/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Julgado em 15/12/2016, DJE 01/02/2017)

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE ESTELIONATO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DA FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO AO RÉU REINCIDENTE: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA.

PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a pena de reclusão inferior a dois anos não cria direito subjetivo ao regime aberto para o seu cumprimento, mormente quando o réu é reincidente. 2. Ordem denegada” (STF, Habeas Corpus 113.304/SP, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Julgado em 02/04/2013, DJE 17/04/2013).

O Supremo Tribunal Federal dita a jurisprudência sobre o tema, decidindo-se que “*as alíneas b e c do § 2º do artigo 33 do Código Penal dispõem, expressamente, como pressuposto para a fixação dos regimes prisionais nelas estabelecidos (semiaberto e aberto) a não reincidência do condenado, sendo irrelevante o quantum de pena fixado na condenação*” (STF, Habeas Corpus 113736/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

No mais, saliente-se que ao réu reincidente não cabe a fixação de regime inicial aberto com base em detração (em razão do tempo de prisão provisória).

Embora não se desconheça o teor do artigo 387, § segundo, do Código de Processo Penal, não há se cogitar de sua aplicação imediata nesta seara, vale dizer, sem elementos concretos do comportamento do réu no cárcere e do efetivo lapso que permaneceu preso, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal seja analisada por primeiro pelo Juízo das Execuções.

Com efeito, o artigo 42, do Código Penal, trata da detração para fins de pena e, inegavelmente, tem como órgão competente o Juízo da Execução Penal (artigo 66, inciso III, alínea “c”, da LEP).

O pressuposto de validade processual repousa perante o Juízo das Execuções, porquanto a matéria atinente à detração não comporta discussão no processo de conhecimento, devendo a questão ser analisada quando da execução do julgado, consoante se infere do artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei de Execuções Penais, regra não contrariada pela alteração legislativa promovida pela Lei Federal 12736/2012.

Assim:

"APELAÇÃO. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E MUNIÇÕES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. APRECIÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. Restando demonstrado pelo robusto conjunto probatório que o apelante portava, sem autorização legal ou regulamentar, a arma de fogo de uso restrito e as munições apreendidas, incensurável se mostra a

solução condenatória proferida. Ademais, nenhum reparo merece a sentença no que tange à aplicação da detração penal. O legislador inseriu o § 2º no artigo 387 do CPP, por meio da Lei 12736/12, dispondo que: "o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade". Cabe ao Juízo da Execução Penal apreciar se o condenado preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício, sendo ele, portanto, o competente para a apreciação do referido pleito, consoante o preceituado no artigo 112 da Lei 7210/84. DESPROVIMENTO DO RECURSO" (TJRJ, Apelação 0400285-32.2014.8.19.0001, Relator: Des. Antonio Eduardo Ferreira Duarte, Data de Julgamento: 13/10/2015, Data de Publicação: 19/10/2015).

E, apesar de a Lei Federal 12736/2012 ter acrescentado o § segundo ao artigo 387, do CPP, determinando que o Juiz da condenação deva considerar a detração quando proferir a sentença, não revogou o artigo 66, da Lei de Execução Penal, que atribui ao Juízo da Execução a competência para deliberar sobre a detração, sendo ele o mais indicado.

Diante disso, o pleito de detração deverá ser formulado perante o Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais, a teor do que dispõe artigo 66, inciso III, alínea "c", da Lei Federal 7210/84.

Pelos mesmos motivos, não haveria mesmo que ser a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, bem como reputo incabível a concessão do *sursis*, em virtude de óbice disposta no artigo 44, incisos II e III, do Código Penal, e no artigo 77, incisos I e II, do Código Penal.

Sem dúvida, não seria socialmente recomendável ao caso, principalmente havendo notícia nos autos de que o réu não é principiante na prática delitiva.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROVIMENTO ao recurso defensivo e **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial para reformar a dosimetria, fixando-se a pena definitiva da ré em 06 (seis) meses de detenção, em regime semiaberto.

TEIXEIRA DE FREITAS
Relator