



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000345509

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1506296-89.2022.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que é apelante ERACIDES ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso interposto por Eracides Alves de Oliveira Junior, para reduzir a pena imposta a 17 (dezessete) dias de prisão simples, mantendo-se, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1506296-89.2022.8.26.0584

Comarca de São Pedro – 2ª Vara Judicial

Apelante: Eracides Alves de Oliveira Junior

Apelado: Ministério Público

TJSP – 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

VOTO Nº 51.438

APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO - RECURSO DEFENSIVO – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – IMPOSSIBILIDADE - Comprovada a autoria e materialidade delitivas, relacionada à contravenção de vias de fato, restando claramente demonstrado o dolo do apelante em agredir a vítima. Nos termos do art. 28, II, do CP, a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade penal. De outro lado, não há quaisquer indícios de que a ofendida tivesse agredido o réu e que ele tivesse empregado moderadamente os meios necessários para repeli-la, sendo ônus do acusado comprová-los, o que não ocorreu no presente caso.

REDUÇÃO DA PENA AO PATAMAR MÍNIMO – PARCIAL PROVIMENTO - Decote das circunstâncias judiciais indevidamente valoradas (conduta social e consequências do crime). Mantido o agravamento da pena na etapa intermediária pela incidência da circunstância prevista no art. 61, II, f, do CP (vias de fato cometidas contra mulher no âmbito de violência doméstica).

REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO À VÍTIMA POR DANOS MORAIS (ART. 387, IV, DO CPP) – IMPOSSIBILIDADE – Embora não haja informações fidedignas acerca da capacidade financeira do apelante, a indenização fixada é razoável e compatível com os elementos coligidos nos autos.

Recurso parcialmente provido.

VISTOS.

1 – Trata-se de apelação interposta por Eracides Alves de Oliveira Junior contra a r. sentença proferida em 13 de fevereiro de 2025, pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de São Pedro, que o condenou como incurso artigo 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41, c.c. o artigo 61, inciso II, alínea f, do Código Penal, na forma da Lei 11.340/2006, à pena de 29 dias de prisão simples, em regime aberto, bem como ao pagamento de indenização à vítima por danos morais no importe de R\$ 2.000,00, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal (fls. 115/120).

Irresignada, a Defesa requer a absolvição pela ausência de dolo, vez que o apelante se encontrava sob efeito de drogas, álcool e medicamentos, bem como pelo fato de ter agido em legítima defesa, defendendo-se das agressões da vítima. Subsidiariamente, postula a fixação da pena no patamar mínimo e a redução do valor indenizatório (fls. 121/123).

As contrarrazões foram apresentadas pelo Ministério Público, pugnando pela manutenção da decisão recorrida (fls. 138/141).

A Douta Procuradoria de Justiça pronunciou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 147/149).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Segundo consta da denúncia, no dia 24 de outubro de 2022, por volta das 10h, na Avenida dos Cravos, nº 17, lote 13, Alpes das Águas, na cidade e Comarca de São Pedro, Eracides Alves de Oliveira Junior, qualificado às fls. 06 e 11, praticou vias de fato contra sua

irmã R.A.G.A.O.

Segundo se apurou, Eracides e R. são irmãos e filhos da testemunha A.G.F. É dos autos ainda que o denunciado faz uso desregrado de bebidas alcoólicas e drogas.

Em data anterior aos fatos, o denunciado iniciou uma discussão com a testemunha A.G.F. Temendo pela saúde e integridade física de sua genitora, a vítima acionou a Polícia Militar, oportunidade em que Eracides se evadiu.

Todavia, passados alguns dias, em 24 de outubro de 2022 (data dos fatos) o denunciado voltou para a residência que a vítima R. compartilha com a testemunha, momento em que Eracides iniciou nova discussão, enfurecido por R. ter acionado os agentes públicos anteriormente.

Durante a discussão, o denunciado avançou contra a vítima e a agrediu, sem, contudo, deixar lesões aparentes. Em razão da violência, R. precisou se defender, tendo conseguido reagir e imobilizar o denunciado até a chegada de policiais militares.

Temerosa, R. representou contra Eracides (fl. 9) e solicitou medidas protetivas de urgência (fls. 12/16), deferidas nos autos nº 1506163-47.2022.8.26.0584 (fls. 17/18).

A denúncia foi oferecida em 20 de março de 2023 (fls. 60/61) e recebida aos 19 de abril de 2023 (fls. 62).

O acusado foi citado (fls. 76) e apresentou resposta à acusação (fls. 82/83).

Ratificado o recebimento da denúncia (fls. 84/85).

A r. sentença foi publicada em 13 de fevereiro de 2025 (fls. 120 e 130/131).

A materialidade delitiva está demonstrada pela portaria (fls. 2), boletim de ocorrência (fls. 3/5), decisão que deferiu medidas protetivas de urgência em favor da vítima e genitora, nos termos da Lei 11.340/06 (nº 1596163-47.2022.8.26.0584 – fls. 17/18), bem como pela prova oral produzida nos autos.

A autoria, da mesma forma, restou sobejamente comprovada.

Na fase policial, o acusado afirmou que: “é filho de A.G.F. e irmão de R.A.G.A.O. e declara que nem tudo o que sua irmã e mãe declararam é verdade; Declara que não tem problemas com drogas ou álcool, que bebe e ingere drogas só em festas, que não faz isso todos os dias e que não sabe quem começou a briga na data dos fatos, mas declara que sua irmã o agrediu muito e que quando estava na UPA R. foi até lá e começaram a discutir de novo, R. começou a filma-lo pegou o celular dela e jogou no chão” (fls. 11).

Interrogado em Juízo, o acusado disse que foi ele quem foi agredido. Estava alcoolizado em virtude de estar brigado com os demais integrantes da família. Ficou decepcionado em virtude de sua irmã ter chamado a Polícia. Narrou situações familiares envolvendo ele e sua irmã. Estava discutindo com sua genitora, quando sua irmã passou a discutir com ele. Não sabe quem agrediu primeiro quem. Disse que foi agredido pela

ofendida (registro audiovisual).

Em Juízo, a vítima R.A.G.A.O. declarou que o inculpado teve uma discussão com sua mãe e ficou desesperada e ligou para a polícia. Seu irmão ficou com raiva e lhe deu um soco no rosto. Acredita que seu irmão tenha problema com drogas e álcool. Ao que pareceu, seu irmão estava sob efeito de drogas e álcool, bem como estava sob efeito de medicação (registro audiovisual).

A testemunha A.G.F., mãe do acusado, em Juízo, afirmou que Eracides deu um tapa no rosto da ofendida e lhe derrubou. Sua filha foi lhe defender. Seu filho estava sob efeito de álcool e drogas, o que influenciou nas ações dele (registro audiovisual).

A condenação era mesmo de rigor.

No que concerne à autoria restou comprovada nos autos pelas provas produzidas na fase inquisitorial e em Juízo.

Entende-se por vias de fato a violência contra a pessoa sem, contudo, levar à produção de lesão corporal. Deve estar ausente, também, a pretensão de lesionar ou ofender a honra de alguém.

A doutrina menciona alguns exemplos de vias de fato como: *tapas, chutes, empurrões, sacudir, agarrar a vítima rasgando a roupa, puxão de cabelos, bofetadas, etc.* (SILVA, José Geraldo. “et al”. Leis Penais Especiais anotadas. 12ª ed. Millennium: Campinas-SP, 2011, p. 18).

Verifica-se, portanto, que a diferença entre o crime de lesão corporal e a contravenção de vias de fato reside na intenção do agente, porquanto se o agente agir com *animus laedendi* responderá por lesão

corporal. Em contrapartida, ausente esta motivação específica do agente, configurada estará a conduta relativa às vias de fato.

Nesse sentido:

“PENAL. PROCESSO PENAL. VIAS DE FATO. DECRETO-LEI N. 3.688/1941. TAPA. ABSOLVIÇÃO. AUTORIA. PROVA INSUFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA. PALAVRA DAS VÍTIMAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXCLUSÃO DA ILICITUDE. INVIABILIDADE. CRIME COMPLEXO. DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO. USO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DA ARMA. CRIME PRATICADO POR DUAS PESSOAS. 1. A contravenção das vias de fato, prevista no artigo 21 da Lei n. 3.688/1941, constitui toda agressão física contra a pessoa, que não constitua lesão corporal. 2. Comprovado nos depoimentos da vítima e das demais testemunhas, que a vítima levou um tapa do pai no rosto, em circunstância que não indica, ao contrário do que afirma a Defesa, que ele estivesse repreendendo a vítima, e, verificando-se não ser socialmente adequado, que um pai bata no rosto da filha, por que ela lhe pediu para levar seus pertences pessoais para a casa da mãe, não há como absolver o Réu quanto à contravenção das vias de fato. (omissis). 4. Recurso conhecido e não provido. (20091210074959APR, Relator ALFEU MACHADO, 2ª Turma Criminal, julgado em 24/03/2011, DJ 30/03/2011 p. 247).

Na hipótese dos autos, comprovado que a vítima discutiu com a apelante, pois ele estava com raiva por ela ter acionado a polícia durante uma discussão entre ele e a genitora, e lhe desferiu um soco

no rosto.

As declarações da ofendida foram corroboradas pela genitora A.G.F. que presenciou os fatos e afirmou que o acusado desferiu um tapa no rosto da vítima e a derrubou.

Portanto, as declarações da vítima estão em sintonia com as demais provas colhidas durante a instrução criminal e que não mentiria em Juízo para incriminar o próprio irmão.

É cediço que em crimes dessa natureza, comumente praticado na clandestinidade, embora não seja absoluta a palavra da vítima, quando coerente - como ocorre no presente caso - apresenta relevante valor probatório.

Sobre o tema:

Em certos casos, porém, é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos qui clam comittit solent - que se cometem longe dos olhares de testemunhas -, a palavra da vítima é de valor extraordinário. Nos crimes contra os costumes, e.g., a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como corruptor, estuprador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 334).

No tocante a legítima defesa alegada nas razões, não merece prosperar.

Conforme dispõe o art. 25 do Código Penal para a caracterização da excludente de ilicitude é necessário que se use moderadamente dos meios necessários a repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem. Ausente um dos requisitos citados, não há que se falar em legítima defesa.

Pelaz prova produzida, acusado e vítima discutiram e ele acabou lhe golpeando no rosto, de modo que ela conseguiu imobilizá-lo e acionar a polícia.

Nenhum elemento de convicção foi trazido aos autos que embasasse a versão da excludente da legítima defesa.

No ponto, conforme bem elucidado pelo magistrado sentenciante: “E, enquanto a versão vítima foi narrada com riqueza de detalhes e encontra-se corroborada pelos relatos de uma pessoa que também presenciou os acontecimentos, a versão genérica apresentada pelo inculcado não encontra lastro probatório no restante do conjunto probatório. Aliás, o próprio increpado destacou que estava sob efeito de álcool no dia dos fatos, o que pode ter ocasionado algum esquecimento do que realmente ocorrera na época.” (fls. 131).

Ademais, não se vislumbra quaisquer indícios de que tenha ocorrido agressão injusta, atual e iminente, tampouco o emprego e o uso moderado dos meios necessários para repeli-la, sendo ônus do apelante comprová-los, o que não ocorreu no presente caso.

Ora, o ônus da prova incumbe a quem alega, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Eis o posicionamento:

"(...) Se a defesa não obteve êxito em demonstrar que o agente agiu acobertado pelo manto da excludente de ilicitude da legítima defesa, é dizer, que ele teria lesionado a vítima apenas com o intuito de se defender, não há como acolher a exculpante, sobretudo se usou imoderadamente dos meios empregados para repelir a suposta injusta investida da ofendida, de maneira desproporcional e desarrazoada (...)" (TJMS; APL 0064937-26.2011.8.12.0001; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; Segunda Câmara Criminal; DJMS 29/10/2013).

De outro lado, embora se alegue que o acusado estava alcoolizado e sob efeito de drogas e medicamentos, aludida situação não afasta a tipicidade da conduta e nem a sua culpabilidade.

Para se cogitar o afastamento do dolo por estar o agente embriagado e drogado, é absolutamente necessário que ele se encontre em estado de embriaguez completa, de modo a não saber sequer o que diz. Quando o acusado, mesmo sob o efeito do álcool ou drogas, tem consciência do seu comportamento, como ocorreu na hipótese em espécie, a responsabilização penal deve prevalecer.

Neste sentido, é a brilhante lição do festejado doutrinador Rogério Greco:

"(...) Se a embriaguez for um fator que teve o poder de soltar os freios inibidores do agente, permitindo que proferisse a promessa de um mal injusto e grave, pois que pretendia infundir temor à vítima, não podemos descartar a caracterização do delito. Assim, somente

aquele estado de embriaguez que torne ridícula a ameaça feita pelo agente é que poderá afastar a infração penal, em razão da evidente ausência de dolo. Ao contrário, se o agente, mesmo que sob os efeitos do álcool ou de substâncias análogas, tiver consciência do seu comportamento, deverá responder pelas ameaças proferidas (...)" (GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 5. ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2011).

Importa ressaltar que, ausente a constatação específica de que o consumo de álcool ou drogas seria patológico, não estamos aptos a formar um juízo de convicção seguro a respeito da inimputabilidade do agente, não se amoldando, assim, às hipóteses trazidas pelo artigo 26 do Código Penal.

A esse respeito, quando ouvido em solo policial, afirmou que: *“não tem problemas com drogas ou álcool, que bebe e ingere drogas só em festas, que não faz isso todos os dias”* (fls. 11).

Já pela redação do art. 28, II, do Código Penal, é cediço que apenas a embriaguez fortuita (decorrente de caso fortuito ou força maior) e completa (em que há confusão mental, falta de coordenação motora, inexistência de censura ou freio moral) é que se presta a tornar o agente inimputável, o que não demonstrou ser no presente caso.

Com efeito, não restou provado que o réu estava em estado de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, sem capacidade de entender o caráter ilícito de sua ação.

Nesse sentido.

"APELAÇÃO CRIMINAL - NULIDADE - ADOÇÃO

DE RITO PROCEDIMENTAL DIVERSO - APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA - PRELIMINAR REJEITADA - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA - EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - LEGÍTIMA DEFESA - NÃO COMPROVAÇÃO - CONCURSO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE. I - A mera alegação de nulidade não é suficiente para se decretar a anulação dos atos processuais fustigados, sendo necessária a comprovação do efetivo prejuízo para a defesa. II - Não restando comprovado o estado de embriaguez completa do acusado, que agiu na sua plena capacidade de autodeterminação, não se permite enquadrar sua conduta nas exceções à teoria da actio libera in causa, restando devidamente caracterizado o elemento subjetivo dos delitos, qual seja, o dolo. III - Não se configura a excludente da legítima defesa ante a inexistência de agressão injusta, atual ou iminente. IV - Havendo concurso entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, as aludidas circunstâncias legais devem ser compensadas." (Apelação Criminal 1.0261.07.052273-3/001, Rel. Des.(a) Adilson Lamounier, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/02/2010, publicação da sumula em 08/03/2010).

(...) Ausentes os critérios biológico e/ou psicológico de configuração da inimputabilidade, não há se falar em excludente de ilicitude a isentar o condenado de pena. Para a configuração da inimputabilidade, indispensável se faz o exame técnico-pericial a demonstrar, estreme de dúvida, a incapacidade do agente de entender o

caráter criminoso de seus atos. Nos precisos termos do artigo 28, inciso II, do Código Penal, a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade penal. Apelação conhecida e não provida.” (TJPR - 5ª C. Criminal - AC - 1094471-3 - Região Metropolitana de Maringá - Rel.: Jorge Wagih Massad - Unânime - J. 05.12.2013).

Destarte, impossível o reconhecimento de ausência de dolo na conduta do apelante, pois a simples influência de embriaguez voluntária não exime o agente da responsabilidade penal resultante de suas ações.

Portanto, a prova trazida aos autos é forte o suficiente para firmar um juízo de reprovação em desfavor do acusado, ultrapassando os indícios existentes da dúvida razoável, fazendo-se incontroversa a autoria pelos fatos descritos na inicial.

Devidamente comprovada a materialidade e autoria, mantém-se a condenação na contravenção penal de vias de fato praticada no âmbito da unidade doméstica e familiar (artigo 21, *caput*, do Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Por fim, convém consignar que:

“O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.” (RJTJESP 115/207).

A propósito.

"4.2. "[...]" Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento assente no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. Precedentes" (EDcl no AgRg no AREsp n. 445.549/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21/10/2016)" (STJ, AgRg no AREsp 1.354.257/MS – Quinta Turma – Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik – DJe 26/9/2019).

DOSIMETRIA DA PENA

A pena foi estabelecida sob o seguinte fundamento, *in verbis*:

“1ª fase – circunstâncias judiciais

A culpabilidade, tida como grau de reprovabilidade da conduta, não excede o ordinário.

O acusado não registra antecedentes.

O acusado é usuário de entorpecentes. Portanto, além de um péssimo exemplo para os demais integrantes da sociedade, contribui diretamente para a prática de outros delitos, inclusive equiparados a hediondo, contribuindo diretamente com a máquina malévola do crime organizado que coloca em risco a segurança pública e a paz social, colocando em risco todos os integrantes da sociedade. Ainda, em pretório, o inculcado seguiu insultando a ofendida, demonstrando que nem na Casa da Justiça consegue se manter sem vitimar a ofendida.

Não vieram aos autos elementos acerca da personalidade do agente, do que se depreende que seja normal.

Os motivos do crime foram os normais à espécie.

As circunstâncias do delito não extrapolaram das normais ao ilícito.

As consequências do crime são anormais ao tipo, visto que foi necessário que a vítima contivesse o acusado até a chegada dos policiais militares.

Não consta tivesse a vítima contribuído para o delito.

Pelo conjunto desses vetores, fixo a pena-base em 25 [vinte e cinco] dias de prisão simples.

2ª e 3ª fases circunstâncias legais

O denunciado cometeu o crime em situação que configura violência doméstica e familiar [artigo 61, II, “f”, do CP], razão pela qual elevo a carcerária em 4 [quatro] dias de prisão simples, estabelecendo a pena definitiva em 29 [vinte e nove] dias de prisão simples, incoativa que vai definitiva, vez que não há outras circunstâncias a considerar.

Estabeleço como regime inicial de cumprimento de pena o ABERTO, em observância ao que preceitua o artigo 33 do CP, tendo em vista as operadoras do artigo 59 do CP, analisadas na primeira fase da individualização da pena, e por ser o regime mais adequado ao quantitativo punitivo aplicado.

Deixo de aplicar o artigo 44 e o artigo 77, ambos do CP em razão de o ilícito ter sido cometido com violência contra a pessoa e por ser mais vantajoso ao increpado cumprir a corporal no regime prisional estabelecido.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva para CONDENAR o réu ERACIDES ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR, qualificado anteriormente, à pena de 29 [vinte e nove] dias prisão simples, em regime inicial aberto, dando-o por incurso nas penas do artigo 21 do Decreto-Lei 3.688/41.

Não havendo elementos que apontem a necessidade de o

acusado responder segregado ao processo, concedo o direito de aguardar ao trânsito em julgado desta decisão em liberdade.

Custas pelo inculpado.

No tocante ao montante mínimo reparatório previsto no artigo 387, IV, do CPP, contempla a hipótese dano moral *in re ipsa*, ou sejam os danos extrapatrimoniais decorrem da própria gravidade dos fatos, tornando despicenda a prova do efetivo abalo. “(...) o dano moral está insito na própria ofensa e decorre da gravidade do ilícito em si, ou seja, o dano moral estaria configurado desde que demonstrado o fato ofensivo, por isso o dano moral existe *in re ipsa*” [MELO, Nehemias de. Dano moral problemática: do cabimento à fixação do quantum. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 297].

No tocante ao *quantum* indenizatório, na ausência de critérios legais, doutrina e jurisprudência têm entendido que se deve levar em conta, para sua fixação, a repercussão do dano e a natureza da falta cometida, assim como a eventual contribuição da vítima e as condições econômicas das partes, de forma que a indenização não seja excessiva a ponto de ensejar enriquecimento sem causa, nem inexpressiva de forma que se torne insignificante. Além disso, o valor arbitrado deve ter, em relação ao ofensor, efeito pedagógico, no sentido de inibir reiteração de fatos similares no futuro.

Com base em tais balizadores e, ainda, aplicando o princípio da proporcionalidade, fixo em R\$ 2.000,00 [dois mil reais] o valor da indenização a título de danos morais em favor da vítima.” (fls. 118/120).

A sanção está a merecer ligeiro reparo, senão vejamos.

A aplicação da pena é resultado da valoração subjetiva do Magistrado, respeitados os limites legais impostos no preceito secundário da norma, com a observância dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição da República, consoante os ensinamentos de NUCCI:

“Conceito de fixação da pena: trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e repressão 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) (...)”. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 393).

Na primeira fase, a sanção foi exasperada na proporção de 2/3 (dois terços), em razão da valoração negativa das circunstâncias judiciais alusivas à conduta social do agente e consequências do crime.

Conduta social.

No que concerne a conduta social é cediço que a mera menção negativa, sem uma justificativa idônea, não pode agravar a pena, sem que haja nos autos elementos suficientes e aptos a embasar e fundamentar o acréscimo efetuado.

A orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que "o fato de o réu ser usuário de droga, por si só, não justifica a valoração negativa de sua conduta social e o consequente aumento da pena-base" (HC 186.270/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/4/2013).

Ainda.

"[...] IX. A conduta social deve ser entendida como

o comportamento do agente no meio social, familiar e profissional, devendo ser valorada, negativa ou positivamente, sob esses aspectos, de modo que o fato de o paciente ser, por si só, usuário de drogas, não tem o condão de elevar a pena-base acima do mínimo legal. Precedentes do STJ. Omissis. XIII. Habeas corpus não conhecido. XIV. Ordem concedida, de ofício, para, redimensionando a pena-base, estabelecer a sanção definitiva do paciente em 8 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 66 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal." (STJ, HC n. 177.731/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 14/12/2012; g.n.).

No mesmo sentido.

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. PACIENTE USUÁRIO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE E QUALIDADE DE DROGA. PREPONDERÂNCIA. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. Hipótese em que o Juiz de primeiro grau, além de considerar como desfavorável a conduta social do paciente, por ser usuário de drogas, considerou a natureza e a quantidade das drogas apreendidas no momento da fixação da pena-base - 760g de maconha. 3. O fato de o paciente ser usuário de drogas, por si só, não constitui fundamentação idônea para o agravamento da pena-base, ao

pretexto de que o paciente possui conduta social desabonada, uma vez que se deve avaliar, nesse aspecto, a índole comportamental do agente no meio social, familiar e profissional. Precedentes. 4. Verificada a existência de ilegalidade consubstanciada na fixação da pena-base muito acima do seu mínimo legal previsto sem a apresentação de justificativa idônea para o acréscimo, em manifesta inobservância ao princípio da individualização da pena, apta a justificar a concessão da ordem, de ofício. [...] 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena final para 7 anos de reclusão, mais 700 dias-multa, mantido o regime inicialmente fechado.” (STJ – HC n. 302.236/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 16/6/2016; g.n.).

Consequências do crime.

Da mesma forma, se revela insuficiente a motivar a exasperação da pena base, ao se valorar negativamente as consequências do crime, com base em elementos genéricos que se confundem com os efeitos negativos naturais e inerentes ao tipo penal em questão.

No caso em análise, o acusado desferiu um soco no rosto da vítima que sequer a lesionou e porque estivesse embriagado, foi por ela contido até a chegada da polícia, conduta que não gerou maiores consequências, não desbordando do ordinário.

Observa-se do trecho da r. sentença recorrida acima transcrito, que não se logrou fundamentar a valoração negativa das consequências do crime com elementos concretos que denotem maior reprovabilidade da conduta.

Assim de rigor o decote das circunstâncias judiciais

indevidamente valoradas (conduta social e consequências do crime).

Passo ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, favoráveis as circunstâncias judiciais, a pena base é fixada em 15 dias de prisão simples.

Consigne-se que por ocasião do julgamento do Tema repetitivo n. 1189, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento no sentido da vedação constante do art. 17 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) obstar a imposição de pena de multa isoladamente, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que prevista de forma autônoma no preceito secundário do tipo penal imputado.

Na etapa intermediária, presente a circunstância agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal, vez que as vias de fato foram cometidas contra mulher no âmbito de violência doméstica, razão pela qual a sanção é exasperada na proporção de 1/6 (um sexto), resultando 17 dias de prisão simples.

A propósito, confira-se.

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. VIAS DE FATO. LEI MARIA DA PENHA. ART. 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Lei n. 11.340/2006 instituiu um sistema protetivo com vistas a prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. O art. 61, II, "f", do CP, por sua vez, objetiva agravar a sanção, na segunda etapa da individualização da pena, em razão da maior gravidade do ato delituoso praticado nesse contexto. Assim, não há bis in idem na aplicação

concomitante da referida legislação e da agravante, porque as previsões contidas na Lei Maria da Penha - entre elas, a vedação de fixação de multa isoladamente -, embora recrudesçam a resposta penal do Estado a delitos praticados em contexto de violência doméstica, não importam em aumento da sanção. 2. Agravo regimental não provido". (STJ, AgRg no HC n. 593.063/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 9/9/2020).

Na derradeira fase do sistema trifásico, à mingua de causas de aumento e diminuição, a pena torna-se definitiva em 17 (dezesete) dias de prisão simples, mantido o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

Inviável a substituição da sanção privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos, vez que não preenchidos os requisitos subjetivos previstos no artigo 44, do Código Penal.

Além disso, nos termos do artigo 17 da Lei 11.340/06, aliado ao entendimento firmado pelo enunciado da súmula nº 588 do C. STJ: ***“A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”***.

Redução do valor mínimo de indenização fixado em favor da vítima, com base no art. 387, inciso IV, do CPP.

A pretensão do apelante se funda na desproporcionalidade do valor arbitrado no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), aduzindo que o apelante auferia rendimentos mensais próximos ao

salário-mínimo vigente.

Sem razão, contudo.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, mediante o Recurso Especial Repetitivo (Tema 983), de Relatoria Min. Rogerio Schietti Cruz, em 28 de fevereiro de 2018, assentou a seguinte tese: *“Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória”*.

Consoante entendimento pacificado pela mencionada Corte Superior, a reparação indenizatória de natureza moral, estabelecida por ocasião da prolação de sentença condenatória nos feitos que envolvem violência doméstica contra a mulher, demanda tão somente a comprovação do ilícito penal, do qual decorre, *in re ipsa*, o dano moral suportado pela vítima.

Prosseguindo, determinou-se que para fixação da indenização, basta pedido expresso por parte da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, tal como ocorre no presente caso, conforme se depreende do pedido formulado pelo Ministério Público (fls. 61), sobre o qual, a Defesa teve oportunidade de se manifestar, exercendo o contraditório e ampla defesa.

A saber:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE LESÃO

CORPORAL E AMEAÇA (ARTIGOS 129, § 9º, 147, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). INCIDÊNCIA DA LEI 11.340//2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] POSTULADA A EXCLUSÃO DA FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. REPARAÇÃO CIVIL PREVISTA NO ART. 387, IV, DO CPP QUE INCLUI DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. DANO MORAL PRESUMIDO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECUÇÃO DO VALOR FIXADO. INVIABILIDADE SENTENÇA MANTIDA. [...] - "Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória" (REsp 1675874/MS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28-2-2018) - Recurso parcialmente conhecido e desprovido" (TJSC, Apelação Criminal n. 0000012-43.2016.8.264.0023, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 31/10/2019).

O dano moral no caso é manifesto, em decorrência da a violência praticada pelo apelante, aliada ao fato de que a vítima foi encaminhada ao UPA para atendimento, ocasião em que o acusado passou a xingá-la na recepção, sendo necessário o acionamento da Guarda Municipal. Por ocasião da audiência judicial, o mesmo seguiu insultando a ofendida e, conforme consignado pelo d. magistrado sentenciante, "demonstrando que nem na Casa da Justiça consegue se manter sem vitimar a ofendida", de modo que o valor arbitrado no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), não

se apresenta excessivo.

O valor estabelecido não se mostra excessivo, inclusive com a possibilidade de eventual parcelamento, se o caso, estabelecido proporcionalmente ao prejuízo emocional suportado pela vítima, que se presume dos fatos demonstrados nos autos.

Neste último ponto (capacidade financeira do acusado), como se trata a presente de uma reparação mínima - que não obsta complementação cível em demanda e instrução próprias temos, do que se produziu em instrução criminal, na qual nem se indagou o seu rendimento habitual, no entanto, segundo se depreende de sua oitiva em solo policial, o acusado exerce a profissão de professor de inglês (fls. 11) e, não obstante a d. Defesa tivesse afirmado que ele auferia rendimentos mensais próximos ao salário-mínimo vigente, não há qualquer informação nos autos sobre o alegado, demonstrando *a priori* que a indenização fixada é razoável e compatível com os elementos coligidos.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso interposto por Eracides Alves de Oliveira Junior, para reduzir a pena imposta a 17 (dezesete) dias de prisão simples, mantendo-se, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PAULO ANTONIO ROSSI
RELATOR