Registro: 2021.0000365443

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501289-64.2019.8.26.0603, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante M. DE S. R., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso de MÁRIO DE SOUZA ROSA, para reclassificar a conduta descrita na denúncia para declará-lo como incurso nas sanções do artigo 215-A, do Código Penal, a cumprir pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto e, tendo em vista o cumprimento integral da pena, julgaram, de ofício, extinta a punibilidade do réu, nos termos do artigo 685 do Código de Processo Penal, expedindo-se o competente alvará de soltura clausulado em favor de MÁRIO DE SOUZA ROSA, vencido o 3º juiz, que negava provimento ao recurso**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), JOÃO MORENGHI E PAULO ROSSI.

São Paulo, 13 de maio de 2021.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501289-64.2019.8.26.0603

Apelante: M. de S. R.
Apelado: M. P. do E. de S. P.
Comarca: Araçatuba
Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: Roberto Soares Leite

Voto nº 2.672

Apelação criminal - Estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal) – Crime tentado - Conduta do acusado se limitou, ainda que totalmente desajustada e reprovável, a toques superficiais nos seios e coxas da vítima, por sobre a vestimenta - Desclassificação da conduta para o crime de importunação sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.718/18 – Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Aumento sobre a pena-base afastado diante da constatação de que as condenações utilizadas a título de maus antecedentes são muito antigas - Recurso da defesa PARCIALMENTE PROVIDO, com a decretação da extinção da punibilidade de ofício, tendo em vista o cumprimento integral da pena.

Através da respeitável sentença de páginas 234/240, **MARIO DE SOUZA ROSA**, qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, por estar incurso nas sanções do artigo 217-A, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformada, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso (páginas 248), com razões do inconformismo às páginas 249/274, buscando, em síntese, a absolvição por insuficiência probatória, notadamente diante da negativa de autoria por parte do acusado, que negou a prática dos abusos. Nesse sentido, aduz que MÁRIO informou em juízo que *"(...) Não toquei na coxa ou nos seios dela, só na hora de me despedir dela que sem querer minha mão tocou na cintura dela"*, versão que não teria sido infirmada pelo conjunto probatório. Sob outro enfoque, sustenta existir somente a narrativa da suposta vítima a incriminar o acusado, não tendo sido produzidas outras provas da materialidade, tal como exame

de corpo de delito. Por fim, argumenta no sentido de que o relato de crianças vítimas de crimes sexuais pode ser influenciado por parentes ou autoridades, gerando *falsas memórias*. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação da conduta de MÁRIO para aquela prevista no artigo 215-A do Código Penal (crime de importunação sexual, introduzido pela Lei nº 13.718/18); ou, então, a redução da pena-base ao mínimo legal (afastando-se a nota de antecedentes desabonadores, por caracterizar ofensa ao princípio *ne bis in idem* seu reconhecimento concomitante com a reincidência). Por fim, pugna pela redução da pena pela tentativa na sua fração máxima, vale dizer, em 2/3 (dois terços).

Oferecidas as contrarrazões pelo Ministério Público (páginas 297/305), a d. Procuradoria de Justiça Criminal opinou pelo não provimento do recurso (páginas 332/340).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento, operando-se a reclassificação da conduta do acusado para o crime de importunação sexual, previsto no artigo 215-A, do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.718/2018.

Consta da denúncia (páginas 98/100), que, em 17 de agosto de 2019, por volta de 13 horas, na Avenida Brasília, altura do nº 2.012, no Jardim Nova Iorque, cidade de Araçatuba, o acusado MÁRIO DE SOUZA ROSA, conhecido também por *"Buiú"*, praticou ato libidinoso contra a vítima *Hadassa Rissato Boer*, pessoa menor de catorze anos de idade.

Na data dos fatos, a vítima *Hadassa Rissato Boer* (então com 13 anos de idade), se dirigiu ao estabelecimento comercial denominado *"Terra do Boi"*, com o fim de adquirir uma marmita (refeição), a pedido de seu pai, *Marcos Boer*.

Durante o trajeto até o aludido estabelecimento comercial, a vítima foi surpreendida pelo acusado e por um indivíduo não identificado. Na oportunidade, de modo inusitado, tais indivíduos chamaram a vítima e um deles tentou cumprimentá-la com a mão. A vítima continuou a caminhar e entrou no mencionado estabelecimento comercial.

Depois de adquirir a refeição, *Hadassa* tomou o rumo de sua casa, mas por outro caminho, com a intenção de não se encontrar com o acusado no seu retorno.

No entanto, o acusado passou a persegui-la e, durante o trajeto, tocou o corpo de *Hadassa* com suas mãos por sobre a roupa, mais precisamente nos seios e coxas, bem como tentou beijá-la. Além disso, o acusado tentou levar a vítima a local diverso, instante em que *Hadassa* passou a gritar por socorro e correr na direção de sua casa.

Assim que chegou à sua casa, *Hadassa* contou o ocorrido a seu pai, sendo certo que ambos saíram à procura do acusado pela ruas, encontrando-o ainda nas proximidades. O pai da vítima acionou a Polícia Militar, cujos policiais prenderam o acusado em flagrante delito, sendo ele prontamente reconhecido pela vítima.

A materialidade do delito está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (página 1), boletim de ocorrência (páginas 8/10), bem como pela prova oral produzida nos autos.

A autoria também é certa, pelos motivos a seguir expostos.

O réu, perante a autoridade policial (página 6), negou ter tentado estuprar a vítima, alegando apenas tê-la acompanhado até próximo à casa dela. Disse tê-la cumprimentado com um beijo no rosto assim que ela chegou para comprar a *marmitex*, e que ela também cumprimentou seu *amigo*. No retorno, disse ter perguntado à vítima se poderia acompanhá-la até a porta da casa dela, mas *Hadassa* disse que não poderia. Desta forma, o acusado disse ter se despedido: *"dei um beijo no rosto dela e fui embora"*, sendo detido momentos depois, quando o pai da vítima chegou com os policiais. Em juízo (SAJ), voltou a negar a imputação, mencionando que foi abraçar a vítima e *acabou dando um beijo em seu rosto*, acrescentando ainda que: *"(...) cuidava de carros na proximidades do restaurante "Terra do Boi". Relatou que estava bêbado. Informou que estava próximo ao restaurante "Terra do Boi" e que a vítima lhe perguntou se ali vendia marmita. Esclareceu que perguntou para a vítima se ele poderia acompanhá-la até a sua residência. Disse que estava*

acompanhando a vítima até sua residência. A vítima disse que seu pai era bravo e o réu não poderia acompanhá-la até sua casa. Afirmou que foi dar um abraço na vítima e acabou dando um beijo em seu rosto. Após deixar a vítima caminhando sozinha, voltou para o local em que estava cuidando de carros. Disse que possui passagem pela polícia. Não conhece a vítima nem os policiais." (página 236).

Em que pese a negativa de autoria, a versão do acusado foi cabalmente infirmada pelo relato da ofendida que, apesar da pouca idade, relatou os acontecimentos de forma firme e coesa, descrevendo os abusos de que foi vítima, sem qualquer intuito aparente de prejudicar injustamente o acusado.

De fato, ouvida em sede de inquérito policial (página 5), *Hadassa* contou ter 13 anos de idade e, na data dos fatos, saiu de casa para comprar uma marmita a pedido de seu pai, *Marcos Boer*. Durante o trajeto se deparou com o acusado e outro indivíduo, os quais a chamaram, e um deles *tentou me cumprimentar*. Após comprar a refeição, *Hadassa* disse ter mudado o trajeto de volta para casa, *com medo do homem me seguir, mas ele me encontrou; me seguiu até o caminho de casa e me agarrou, passando a mão em mim, nas minhas partes intimas; ele tentou também me levar para outro lugar; mas eu recusei e corri até a minha casa*. Após contar o ocorrido para seu pai, *Hadassa* e seu genitor saíram à procura do acusado, encontrando-o em um posto de combustíveis. Em seguida, com a chegada dos policiais, o acusado foi detido, sendo prontamente reconhecido por *Hadassa*. Por fim, a ofendida disse que o acusado estava sozinho quando a agarrou. Em pretório (SAJ), *Hadassa* ratificou o conteúdo de suas declarações, afirmando que: *"(...) ao chegar no restaurante, dois homens tentaram lhe cumprimentar. Informou que cumprimentou o réu Mário por medo. Esclareceu que estava com medo do réu e por isso mudou de caminho ao sair do restaurante. Contou que o réu passou a lhe seguir. Em seguida, o réu começou a lhe agarrar. Disse que o réu tentava beijar e a puxava para outro lugar. Começou a gritar e foi correndo até sua casa. Chegou chorando em sua residência. Relatou que saiu com seu pai para tentar localizar o indivíduo, chamaram a polícia. O réu foi localizado e reconhecido. Esclareceu que o réu tocou suas coxas e seios, por cima da roupa, além de tentar beijar sua bochecha e sua boca."* (página 237).

Não vinga a tese defensiva no sentido de que *Hadassa* poderia ter sido influenciada para incriminar falsamente o acusado, já que eles não se conheciam e, portanto, não haveria motivo para tal.

De sua parte, *Marcos Boer*, pai de *Hadassa*, confirmou o relato de sua filha, mencionando que ela retornou da rua *desesperada, chorando, dizendo que um homem havia agarrado ela*. Em seguida, ambos saíram à procura de tal indivíduo, encontrando-o nas proximidades. Quando os policiais chegaram e o detiveram, sua filha o reconheceu *sem sombra de dúvidas*. Em juízo (SAJ), *Marcos* asseverou que: *"(...) A vítima disse que um homem havia tentado beijar-lhe e que foi agarrada pelo mesmo. Então, pegou seu carro e saiu em busca da pessoa, juntamente com a vítima. Relatou que avistou o homem em um posto de combustível e chamou a polícia. Contou que a vítima teve certeza ao afirmar que era aquele homem a pessoa que lhe agarrou. Informou que a vítima lhe disse que o réu passou a mão nos seus seios e tentou beijá-la. Não conhece o réu."* (página 237).

Aqui é importante mencionar que, ao contrário do sugerido pela defesa, apesar de não haver nos autos laudo de exame de corpo de delito, os relatos fornecidos por *Hadassa* na fase de inquérito foram corroborados em juízo, tanto pelo depoimento de seu genitor como também pelo relato dos policiais militares, não havendo dúvidas quanto à prática da conduta criminosa.

De fato, na delegacia de polícia (páginas 2 e 4), os policiais militares Karen Camilo dos Santos e Alexandre da Silva Ramos relataram a dinâmica dos fatos de forma uníssona, mencionando terem sido acionados para comparecer ao local dos fatos para apurar suposta ocorrência de tentativa de estupro [sic]. Segundo lhes foi informado, o acusado tentou agarrar a vítima, *beijando-a no rosto e passando as mãos em suas partes íntimas*. Em juízo (SAJ), o policial Alexandre acrescentou que: *"(...) foram acionados via Copom para atender uma ocorrência em que um homem teria tentado agarrar uma menor de idade. Relatou que encontraram o pai da vítima e saíram para procurar o indivíduo nas imediações. Esclareceu o que réu foi encontrado próximo ao local dos fatos. Disse que o réu confirmou ter conversado com a vítima. Informou que o réu entrou em contradição. Contou que a vítima reconheceu o réu, com certeza."* (página 237).

Por fim, de se salientar que o fato de não haverem vestígios da conduta do acusado é irrelevante no presente caso, pois a denúncia se refere a atos libidinosos diversos da conjunção carnal que, não raro, sequer deixam vestígios. Aliás, quanto à ausência de exame de corpo de delito, importante destacar que a vítima disse na delegacia de polícia (página 5), que *apesar da agressão, eu não estou machucada e não tenho marca de ferimento pelo corpo*.

Destarte, em crimes desta espécie, a palavra da vítima tem especial relevância, pois costumam ocorrer às escondidas.

Nesse sentido:

> *"Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, como bem salientaram as instâncias antecedentes,* ***a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos"****. (STJ: RESP 1.607.392/RO).*

E, como consignado pela ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal:

> *" Cumpre destacar, neste ponto, o relevante valor probatório que deve ser conferido aos depoimentos das testemunhas. Nada foi apurado que desqualificassem suas narrativas, não havendo qualquer interesse ou motivo para que incriminassem arbitrariamente inocente, tendo seus apontamentos sido inequívocos e seguros". (página 335).*

Diante desse quadro, a condenação é inafastável, mas não pelo crime em que denunciado, sendo de rigor a desclassificação da conduta para o crime previsto no artigo 215-A do Código Penal, sob o *nomem iuris* de importunação sexual: *"Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave."*

Vale destacar que, com a introdução do tipo penal da importunação sexual pela Lei nº 13.718/18, o legislador buscou um *meio-termo* entre o crime de estupro e a revogada contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 da Lei das Contravenções Penais), sendo claramente desproporcional a punição

por estupro da conduta antes equiparada a contravenção penal.

Oportuno salientar que não se descuida dos sofrimentos pelos quais a vítima e seus familiares passaram; mas, ainda assim, respeitado o entendimento contrário, não se vislumbra a caracterização do crime de estupro de vulnerável.

No presente caso, ainda que a vítima fosse menor de 14 anos à época, a conduta do acusado não revelou maior imersão nos atos sexuais, ficando limitada, ainda que totalmente desajustada e reprovável, a toques superficiais nos seios e coxas, sobre a vestimenta da ofendida, sendo desproporcional a condenação pelo crime de estupro de vulnerável, consoante entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLAÇÃO DO ART 14, I E II, DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO CONFIGURADA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. PROCEDÊNCIA. NOVATIO LEGIS IN MELLIOS. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. TIPO PENAL ADEQUADO AO CASO CONCRETO: IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 654, § 2º, DO CPP. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, QUE SE IMPÕE. 1. É narrado na exordial acusatória que o increpado aproveitou do momento em que a mãe da vítima (S B da S) não estava presente no recinto (saiu para buscar o filho na APAE), para submeter a vítima à prática de atos libidinosos diversos, consistente em o increpado passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração, enquanto esta tentava em vão se desvencilhar do ofensor. 2. Diante da inovação legislativa, apresentada pela Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, foi criado o tipo penal da importunação sexual, inserida no Código Penal por meio do art. 215-A. A conduta do recorrido, conforme descrita na inicial acusatória, consistente em passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração, não mais se caracteriza como crime de estupro, senão o novo tipo penal da importunação sexual. 3. **Agora, "o passar de mãos lascivo nas nádegas", "o beijo forçado", aquilo que antes tinha que se adequar ao estupro para não ficar impune [...] "ganha" nova tipificação: o crime de importunação sexual.** Não há mais dúvida: é crime! Dessa forma, verifica-se um tratamento mais adequado aos casos do mundo da vida e às hipóteses de absolvição forçada dada a única opção (estupro). [...] Assim como a Lei n. 12.015/2009 acabou com concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor, unindo as duas condutas*

em prol do princípio da proporcionalidade (uma vez que a pena era muito desproporcional - no mínimo, igual à do homicídio qualificado!), a Lei n. 13.718/2018 vem, norteadora, trazer diretriz ao intérprete da lei, como se dissesse: não compare um coito vaginal forçado a um beijo lascivo no Carnaval! [...] o Estado deve proteger a liberdade sexual (sim!), mas não em prol do punitivismo exacerbado, mas em desconformidade com os princípios de Direito Penal. O STJ vinha colocando todos os atos libidinosos no mesmo "balaio", contudo, um beijo "roubado" não é igual a uma conjunção carnal forçada (onde se bate, se agride, se puxa os cabelos...). Sejamos justos (proporcionais) (e não hipócritas!)! No exato sentido da Lei n. 13.718/2018! (Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118; Acesso em 24/1/2019). 4. Ao punir de forma mais branda a conduta perpetrada pelo recorrido, condiciona-se, no presente caso, a sua aplicação diante do princípio da superveniência da lei penal mais benéfica. [...] Em havendo a superveniência de novatio legis in mellius, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, de rigor que retroaja para beneficiar o réu (AgRg no AREsp n. 1.249.427/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/6/2018). 5. Não obstante a correção da decisão agravada, nesse ínterim, sobreveio a publicação da Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, no DJU de 25/9/2018, que, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça (AgRg no REsp n. 1.730.341/PR, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 13/11/2018). 6. Recurso especial provido para afastar o reconhecimento da tentativa. De ofício, concedida a ordem de habeas corpus a fim de alterar a tipificação do delito para a prevista no art. 215-A do Código Penal e redimensionar a pena privativa de liberdade do recorrido nos termos da presente decisão. (REsp 1745333/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 14/03/2019).”

Em caso análogo, esta Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal, em voto de lavra do Eminente Desembargador Dr. Paulo Rossi, assim já decidiu:

“EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - Crimes Sexuais - Estupro de vulnerável (artigo 217-A, do Código Penal) - Recurso da Defesa - Pugna pela absolvição diante da insuficiência probatória – Impossibilidade - Impossível a absolvição ou a desclassificação da conduta para a contravenção penal dos art. 61 (revogado) e 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41, bem como a desclassificação na forma tentada, quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelos depoimentos da vítima e testemunhas, formam um conjunto sólido, comprovando a autoria e a materialidade dos fatos descritos na denúncia e evidenciam o intento lascivo do acusado. - POSSIBILIDADE, NO ENTANTO, DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO TIPIFICADO NO

ARTIGO 215-A, DO CÓDIGO PENAL. Em se verificando que, diante das circunstâncias do caso concreto, ilícito que, em que pese reprovável, não se reveste de tamanha gravidade apta a configurar o crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A, caput), no presente, caso, adequada se mostra a desclassificação do comportamento delitivo para o crime de importunação sexual (CP, art. 215-A). ALTERAÇÃO DO REGIME PARA O ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTIRITVA DE DIREITOS. Recurso parcialmente provido. (...) Entretanto, entendo que a conduta por ele praticada, embora moralmente condenável, reprovável e digna de punição a conduta praticada pelo apelante contra as vítimas, não caracteriza o delito de estupro, mas o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal, incluído pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro 2018, a saber: Artigo 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. Vale dizer que a Lei nº 13.718, de 24 de setembro 2018, dentre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o delito de estupro, mas de forma mais grave que as contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor e perturbação da tranquilidade, exatamente para dar fim à flagrante desproporcionalidade muitas vezes existente entre o ato praticado pelo agente e as sanções existentes no ordenamento jurídico pátrio. Repisa-se que, conquanto essa atitude não seja irrelevante, especialmente porque praticada contra duas crianças, tampouco possa ser comparada à contravenção penal do art. 61 do Decreto-Lei 3.688/41 em razão do propósito lascivo, o comportamento não pode ser comparado ao de alguém que praticou atos mais invasivos, como passadas de mão pelo corpo por baixo das vestimentas, a cópula anal, oral ou vaginal. ***O que se está dizendo é que é objetivamente desigual a ação praticada pelo apelante e o coito consumado, o sexo oral ou a introdução de objetos no seu aparelho genital, reclamando estes últimos maior apenamento****. Salvo melhor compreensão, não pode o apelante ser prejudicado pela atecnia do Legislador que, ao deixar de diferenciar atos libidinosos por graus de ofensividade, não prestigiou o princípio constitucional da proporcionalidade. Não atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade conceber que cópula vagínica, sexo anal, oral, ou a masturbação, e um abraço e beijo ofendam na mesma intensidade ao bem jurídico tutelado e prevejam apenamento idêntico quando, em verdade, constituem condutas diversas, cuja lesividade (desvalor da ação e do resultado) não pode ser equiparada." (Apelação criminal nº 1501609-12.2019.8.26.0540, j. em 13.07.2020). (gn).*

Portanto, tendo em conta a nova classificação jurídica da conduta criminosa, passa-se à fixação da reprimenda.

Na primeira fase do artigo 68 do Código Penal, a pena-base deve

ser fixada no mínimo legal, isto é, em 01 (um) ano de reclusão.

Importante destacar que a impossibilidade de se reconhecer os antecedentes desabonadores representados pelas condenações mencionadas nas páginas 45/47 (autos nº 0019399-51.2002.8.26.0032: trânsito em julgado aos 03/02/2003; autos nº 0011256-88.2009.8.26.0077: trânsito em julgado aos 18/10/2010 e; autos nº 0012579-41.2003.8.26.0077: trânsito em julgado aos 23/04/2004), pois estas são muito antigas (superiores a 10 anos) e não devem ser utilizadas para tal fim.

De fato, ultrapassado o período depurador de 5 anos do artigo 64, inciso I, do Código Penal, as condenações anteriores transitadas em julgado podem ser utilizadas para o reconhecimento dos antecedentes criminais desabonadores (Tese 150, do Pretório Excelso: RE nº 593.818/SC); contudo, deve haver um limite, e isso em respeito à proibição constitucional das penas de caráter perpétuo (artigo 5º, inciso XLVII, alínea "b", da Constituição Federal).

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça assim já se pronunciou:

> *"1. As condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes. 2. Todavia, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem julgados no sentido de que os registros da folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. 3. No caso, o Tribunal de origem fez referência às seguintes condenações criminais transitadas em julgado, conforme a certidão de fls. 104-106: a) 0064872-13.1999.8.13.0134 - art. 157, § 2.º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, transitada em julgado para o Ministério Público em 27/04/2001 e com extinção em 11/06/2007; e b) 0153673-65.2000.8.13.0134 - art. 12 da Lei n. 6.368/1976, com trânsito em julgado para o Ministério Público em 09/01/2001 e extinção em 11/06/2007. Por sua vez, o delito tratado neste processo foi cometido em 04/07/2017. 4. É certo que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de julgamento realizada em 18/08/2020 e quando da análise do RE n. 593.818/SC, sob o rito de repercussão geral, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, firmou a Tese n. 150 - "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código*

Penal" -, o que, contudo, não afasta a possibilidade do decote da avaliação negativa dos antecedentes, em razão das peculiaridades do caso concreto, especialmente o extenso lapso temporal transcorrido. 5. Além disso, o art. 5.º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição da República estabelece a vedação de penas de caráter perpétuo, o que inviabiliza a valoração negativa dos antecedentes criminais sem qualquer limitação temporal. (...)" (STJ: AgRg no REsp 1875382/MG, julgado em 20/10/2020)."

Já na segunda fase, presente a agravante da reincidência (certidão de páginas 42/43: processo nº 0003246-49.2016.8.26.0032, trânsito em julgado aos 23/04/2018), a pena deve ser majorada na fração de 1/6 (um sexto), totalizando, em definitivo, pena de 01 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

Em que pese o reconhecimento da reincidência, cabível a fixação do regime inicial aberto, considerando-se o tempo de prisão cautelar, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Tendo em vista que acusado permanece preso desde 17/08/2019 (página 1), observa-se que ele já cumpriu a totalidade da pena aqui estipulada. Deste modo, julgo, de ofício, extinta a punibilidade do acusado pelo cumprimento da pena, devendo ser expedido competente alvará de soltura clausulado.

Ante o exposto, por meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO** de **MÁRIO DE SOUZA ROSA**, para reclassificar a conduta descrita na denúncia para declará-lo como incurso nas sanções do artigo 215-A, do Código Penal, a cumprir pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto e, tendo em vista o cumprimento integral da pena, julgo, de ofício, extinta a punibilidade do réu, nos termos do artigo 685 do Código de Processo Penal, **expedindo-se o competente alvará de soltura clausulado em favor de MÁRIO DE SOUZA ROSA.**

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator