



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo: 1.0000.22.239016-3/001
Relator: Des.(a) Kárin Emmerich
Relator do Acórdão: Des.(a) Kárin Emmerich
Data do Julgamento: 09/08/2023
Data da Publicação: 09/08/2023

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE EXTORSÃO (ART. 158, DO CP) - MÉRITO: ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS - RECONHECIMENTO DA SEMI-IMPUTABILIDADE - DESCABIMENTO - AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61 INCISO II, ALÍNEA 'F' DO CP - VIABILIDADE - BIS IN IDEM - REANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA - NECESSIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - EX OFFICIO: RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTANEA E AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. 1. Nos crimes contra o patrimônio, comumente praticados na clandestinidade, a palavra da vítima assume especial relevância, servindo, portanto, para amparar o decreto condenatório. In casu, as declarações da vítima, corroboradas pelas demais provas dos autos, servem perfeitamente como base para se definir a autoria dos delitos e afastar o pleito absolutório. 2. Não havendo nos autos qualquer elemento que comprove que, em razão da dependência química, o apelante era incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não falar em reconhecimento da semi-imputabilidade, sobretudo quando se constata que, em momento algum, a defesa requereu a instauração do incidente de verificação de sanidade mental, tampouco o Parquet ou, sequer, o juízo o fez, de ofício. 3. Em relação à agravante disposta no art. 61, II, "f", do CP, tem-se que, embora configurada nos autos, esta não pode incidir na segunda fase do processo dosimétrico, porquanto já foi considerada no reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, "e", do CP. 4. Na esteira de julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, viável a aplicação da atenuante de confissão espontânea, nas hipóteses em que, de alguma forma, as declarações prestadas pelo acusado contribuem para elucidar os fatos e lastrear a condenação. 5. Considerando que a ofendida retificou as declarações prestadas perante a autoridade judiciária, negando a prática das ameaças e, dessa forma, inexistindo testemunhas acerca dos fatos, mostra-se temerária a aplicação da continuidade delitiva (CP, art.71), na hipótese. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0000.22.239016-3/001 - COMARCA DE CAMPO BELO - APELANTE(S): ANDREY MAX GOMES SILVA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO - MPMG

A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Criminal Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, COM ALTERAÇÕES DE OFÍCIO.

DESA. KÁRIN EMMERICH
RELATORA

DESA. KÁRIN EMMERICH (RELATORA)

V O T O

Trata-se de recurso de apelação interposto por ANDREY MAX GOMES SILVA contra a sentença (doc. 51), proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Campo Belo/MG, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal e, por conseguinte, o condenou ao cumprimento da pena de 06 (seis) anos, 17 (dezessete) dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, por incurso nas sanções do art. 158, caput, na forma do art. 14, II c/c, na forma do art. 71, todos do Código Penal (tentativa de extorsão).

Em razões recursais (doc. 71), a defesa pugna pela absolvição ao argumento de que o acusado "se encontrava em estado de desequilíbrio cerebral como resultado da dependência de substância entorpecente (crack)", ressaltando, ainda, que o conjunto probatório é frágil. Subsidiariamente, em caso de manutenção da condenação, aduz que a utilização da agravante genérica prevista no artigo 61, II, "f" do Código Penal para majorar a pena configura bis in idem, bem como se insurge contra a análise das circunstâncias judiciais e, via de consequência, pela redução da pena.

Contrarrazões pelo Parquet pelo conhecimento e desprovimento do recurso (doc.74).

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo conhecimento e não provimento do recurso (doc. 76).

Despacho determinando a redistribuição do feito (doc.77)

Nova manifestação da Procuradoria Geral de Justiça reiterando os termos do parecer já exarado (doc. 79).

É o relatório.

PASSO AO VOTO.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso e ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício, passo ao exame de mérito.

O Ministério Público denunciou o acusado por 02 (duas) vezes, nas sanções do artigo 158, caput, na forma do artigo 14, II, nos moldes do artigo 71, mais as agravantes impingidas pelo artigo 61, I e II, "e", "f e "h", dispositivos do Código Penal, c/c os artigos 50, II, e 70, IV, ambos da Lei no 1 1.340/06.

Narra a denúncia:

"(...) Consta do incluso inquérito policial que, em 06 de janeiro de 2022, em horário impreciso e por volta das 21h, na residência situada na (...), o denunciado, por 2 (duas) vezes, constrangeu a sua genitora Maria de Fátima Gomes, maior de 60 (sessenta) anos, mediante violência e grave ameaça, e com o intuito de obter para si indevida vantagem econômica, a entregar-lhe quantia em dinheiro, somente não atingindo os seus desideratos por circunstâncias alheias à sua vontade. Depreende-se do caderno investigatório que, antes das 21 h, o denunciado exigiu que a ofendida lhe entregasse quantia em dinheiro para a aquisição de drogas. Diante da negativa, o denunciado ameaçou a vítima, dizendo-lhe "você vai ver o que vai acontecer". Ao depois, por volta das 21 h, o denunciado, novamente, objetivando conseguir o dinheiro para comprar substâncias entorpecentes, agarrou a ofendida pelos braços e a sacudi, bem ainda pegou o telefone celular dela e jogou-o ao solo, danificando-o. Ato contínuo, a ofendida acionou a Polícia Militar, que compareceu ao local e logrou prender o denunciado em flagrante delito. Apurou-se que, antes da Polícia Militar chegar ao local, o denunciado apoderou-se de 1 (uma) e disse "se a polícia chegar é matar ou morrer, que ver eles pôr as mãos em mim hoje". Averiguou-se que os crimes de extorsão não se consumaram, uma vez que, a despeito do constrangimento, a vítima não chegou a fazer nada para atender as determinações do denunciado. Aquilata-se que os acontecimentos se deram no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher (...)"

1. Da pretensão absolutória

Conforme relatado, pugna a defesa pela absolvição do acusado, ora apelante, alegando que há insuficiência probatória.

Sem razão, contudo. Senão vejamos.

A materialidade delitiva restou sobejamente demonstrada pelos documentos trazidos à apreciação, detidamente os boletins de ocorrência juntados e as declarações colhidas na fase policial, sobretudo aquelas prestadas pela vítima, sem prejuízo da prova oral.

No que respeita à autoria, não há falar em insuficiência de provas. Vejamos.

Perante a autoridade policial (doc.02, f.04), a vítima declarou que:

"(...) que é genitora de Andrey; que Andrey é usuário de crack; que possui medidas protetivas contra Andrey, afirmando que ela fez dia 05/01/2022, porém .não conseguiu encontrar o papel com as referidas medidas; que já registrou vários boletins de ocorrência contra Andrey por ameaça; que no dia 06/01/2022, mais cedo não sabendo precisar o horário, Andrey chegou a pedir dinheiro para a declarante para comprar drogas; que a declarante se negou, quando Andrey ficou nervoso e começou a ameaçar a declarante dizendo 'você vai ver o que vai acontecer' (conforme se expressa); que aproximadamente 21:00 Andrey voltou em casa e começou a segurar a declarante pelos braços e sacudi-la, querendo dinheiro pra comprar drogas, em seguida pegou o celular da declarante e jogou no chão, chegando a danifica-lo um pouco; que a declarante acionou a policia, momento em que Andrey pegou uma faca e disse 'se a policia chegar é matar ou morrer, quero ver se eles põe as mãos em mim hoje'(...)"

Na fase judicial (PJE Mídias), a vítima ratificou que o filho é usuário de drogas e, geralmente, pede a ela dinheiro para comprar substâncias entorpecentes. Salientou que, em face de tal contexto, não tem sossego, tendo em vista que o apelante subtrai objetos da casa para vender e saciar o vício. Disse, ainda, que, na data dos fatos, o filho apertou o seu brço para colocar o celular em sua mão.

Para o mesmo sentido, convergem as declarações prestadas pelos policiais militares que participaram da ocorrência, LEANDRO LOPES DE OLIVEIRA E REGINALDO GUMERCINDO, os quais relataram na fase policial (doc. 02, f.02-03) que:

"(...) que M.F. disse que Andrey fez uso de drogas, chegou em casa e ficou agressivo, sendo que ele queria dinheiro para comprar drogas e ela negou-se, por tal motivo Andrey a agrediu, segurando-a pelos seus braços e a sacudindo; que ele ainda fica fazendo ameaças constantes de agressão, caso os pais não darem dinheiro; que no momento em que eles acionaram a polícia Andrey pegou uma faca e disse que se a polícia chegasse era matar, ou morrer; que M.F. disse que tem medidas protetivas contra Andrey, que recebeu em

data de 05/01/22 e tem muito medo do filho por ele ser agressivo; que Andrey alega que não fez nada com os pais e queria mil e seiscentos reais para pagar uma dívida; que ao chegarmos no local os genitores de Andrey falaram que ele estava com uma faca na mão; que adentramos e fizemos a abordagem, sendo que Andrey não estava com a faca (...)"

"(...) que também participou da ocorrência; que confirma que após acionados a vítima M. nos relatou que seu filho a vem ameaçando, que ele é usuário de drogas e agressivo, inclusive há medida protetivas em desfavor do mesmo, conforme depoimento do condutor(...)"

Interrogado, o policial militar LEANDRO LOPES DE OLIVEIRA (PJE Mídias) relatou que, em ocorrências anteriores, o apelante foi muito agressivo, sendo necessário utilizar técnica de mobilização. Afirmou que, conforme relatados da ofendida, o apelante estava portando uma faca querendo dinheiro para comprar entorpecentes.

Em audiência (PJE Mídias), o policial militar REGINALDO GUMERCINDO confirmou as declarações prestadas na delegacia e acrescentou que, no dia dos fatos, a genitora do apelante estava chorando muito e pediu para que o filho não fosse preso, por medo de sofrer represália. Alegou, também, que o próprio apelante confessou que queria o dinheiro para comprar drogas.

Sobre os fatos, o apelante, ao ser interrogado, negou a prática do crime, aduzindo que não pediu dinheiro para comprar drogas e, sim, para sair e que o dinheiro solicitado era dos aluguéis das casas.

Contudo, a versão do apelante destoa das demais provas coligidas, não encontrando qualquer respaldo nos autos.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta egrégia Corte. Confira-se:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 2. Cumpre ressaltar que, nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios, quais sejam o reconhecimento feito pela vítima na Delegacia e os depoimentos das testemunhas colhidos em Juízo. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 865.331/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017)". Grifos

"APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I E II DO CP) - EXTORSÃO QUALIFICADA (ART. 158, §1º DO CP) - COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CP) - CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO (ART. 15 DA LEI 10.826/03) - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS (...) - Em se tratando de crime contra o patrimônio, geralmente praticado na clandestinidade, com violência e ameaça, a palavra da vítima, possui fundamental importância para a condenação. (...). (TJMG - Apelação Criminal 1.0325.18.002175-1/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/02/2020, publicação da súmula em 12/02/2020)". Grifos

Diante do exposto, entendo haver provas suficientes de autoria e materialidade em relação ao delito de extorsão pelo qual o apelante foi condenado em primeiro grau, sendo inviável o acolhimento do pedido absolutório.

2. Da causa excludente de culpabilidade

Postula, ainda, o apelante, por meio das razões do inconformismo, a absolvição, alegando a existência da excludente de culpabilidade prevista no artigo 45, da Lei n. 11.343/06.

Sobre tal possibilidade, o art.45 da Lei de Tóxicos preceitua:

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Verifica-se que o parágrafo único do artigo dispõe sobre a necessidade da constatação da dependência evocada sob o crivo de laudo pericial, não bastando para tanto a declaração do acusado.

Quanto à semi-imputabilidade, estabelece o art.46 da Lei nº 11.343/06 que:

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de

entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Descumprido o requisito objetivo exigido pela lei, não há ainda que se olvidar que o mero usuário de drogas não se confunde com o dependente químico e esse, por sua vez, ainda que constatada a toxicomania ou dependência química, não tem automaticamente excluída a imputabilidade.

Sobre o tema, preleciona a doutrina:

"(...) A toxicomania apresenta as três características: 1. Invencível desejo ou necessidade de continuar a consumir a droga e de procurá-la por todos os meios; 2. Tendência para aumentar a dose; 3. Dependência de ordem psíquica ou física em face a seus efeitos. Em regra, aquele que se vicia é portador de problemas que variam de simples angústias e ansiedades, a neuroses, psicoses e outras graves afecções. É um sofredor. Descobre na droga uma fonte de prazeres. Quando em estado normal, sofre. Quando drogado não. Passa a buscar no seu consumo frequente o alívio. (GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos: Prevenção - Repressão. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1993).

Ora, pelas provas carreadas aos autos, é possível concluir que o apelante tinha, ao tempo do crime, o entendimento suficiente à ilicitude da conduta.

Tanto é assim que, em momento algum, a defesa requereu a instauração do incidente de verificação de sanidade mental, tampouco o Parquet ou, sequer, o juízo. Isso porque, por óbvio, não havia elementos que indicassem perturbação mental ou dificuldade de compreensão do apelante.

Em casos tais, já decidiu este tribunal:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO TENTADO - ISENÇÃO OU REDUÇÃO DE PENA - DEPENDÊNCIA QUÍMICA - INVIABILIDADE - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CP - INADMISSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR INTERNAÇÃO EM CLÍNICA - IMPOSSIBILIDADE. Inexistindo nos autos prova técnica da inimputabilidade ou mesmo da semi-imputabilidade do agente, em razão da alegada dependência química, não há falar em isenção ou em redução da pena, conforme previsto nos artigos 45 e 46 da lei 11.343/06. A circunstância de o envolvido encontrar-se sob efeito de drogas no momento dos fatos não autoriza, por si só, a incidência da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal. (TJMG - Apelação Criminal 1.0016.20.000131-7/001, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/12/2020, publicação da súmula em 22/01/2021)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ROUBO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRAS DA VÍTIMA - VERSÃO ISOLADA DO RÉU - AUTO DE RECONHECIMENTO - NULIDADE - NÃO CONFIGURAÇÃO - REDUÇÃO DA PENA - SEMI-IMPUTABILIDADE - NÃO COMPROVAÇÃO - REDUÇÃO DA PENA-BASE - NECESSIDADE. 1. As disposições previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal consistem em uma recomendação legal e não uma exigência. 2. Se a vítima foi firme e coesa ao apontar o acusado como autor do crime de roubo, não há como acolher o pleito absolutório. 3. Não havendo comprovação da semi-imputabilidade do réu por uso de drogas, não se aplica a causa de redução da pena do art. 26 do Código Penal. 4. A violência é elementar no crime penal do roubo e, considerá-la novamente na culpabilidade quando da fixação da pena, incorre-se em bis in idem, impondo-se a redução da pena. (TJMG - Apelação Criminal 1.0363.20.001498-5/001, Relator(a): Des.(a) Dirceu Wallace Baroni, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/06/2021, publicação da súmula em 29/06/2021)

Portanto, depreende-se que não assiste razão à defesa.

3. Da agravante prevista no artigo 61, II, "f" do CP

Sustenta a defesa que configura bis in idem a utilização da agravante genérica prevista no artigo 61, II, "f" do Código Penal para majorar a pena aplicada ao crime de extorsão.

Entendo que razão assiste à defesa. Explico.

Dispõe o artigo 61 que:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica (...).

Na hipótese, verifica-se que o apelante constrangeu sua genitora, mediante violência, com intuito de obter para si indevida vantagem econômica. Assim, resta configurada a agravante do art. 61, inciso II, "e", do CP (delito cometido contra ascendente).

Por sua vez, em relação à agravante disposta no art. 61, II, "f", do CP, tem-se que, embora configurada nos autos, esta não pode incidir na segunda fase do processo dosimétrico, uma vez que já foi considerada no reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, "e", do CP.

Dessa forma, diante do reconhecimento da agravante de cometimento de crime contra ascendente, incabível o reconhecimento da agravante de violência contra mulher na forma da lei específica, sob pena de incorrer em bis in idem, pelo que, quanto a esse ponto, assiste razão à defesa.

4. Reconhecimento ex officio da atenuante da confissão espontânea

No que respeita ao reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, depreende-se das provas

carreadas aos autos, que o apelante confessou parcialmente, alegando que teria pedido dinheiro para a mãe no dia dos fatos, mostrando-se, pois, devida a incidência da atenuante da confissão espontânea é medida que se impõe.

Isso porque, na esteira de julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, viável a aplicação de tal atenuante nas hipóteses em que, de alguma forma, as declarações prestadas pelo apelante contribuem para elucidar os fatos e lastrear a condenação.

Nesse sentido, colaciono as seguintes decisões:

HABEAS CORPUS. PENAL. FEMINICÍDIO. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E CONSEQUÊNCIAS DO DELITOS. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO INERENTES AO TIPO. ELEMENTOS ACIDENTAIS DEVIDAMENTE DECLINADOS, A DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE APENAMENTO MAIS GRAVOSO. AUMENTO À RAZÃO DE 1/6 (UM SEXTO) ACIMA DA PENA MÍNIMA PARA CADA VETOR DESABONADO. RAZOABILIDADE. PRECEDENTES. CONFISSÃO PARCIAL. ELEMENTO DE PROVA QUE LASTREOU O JUÍZO CONDENATÓRIO SUBSTANCIALMENTE DESCONSIDERADO NA DOSIMETRIA. TEMA REPETITIVO N. 585. SÚMULA N. 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDUÇÃO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA QUE DEVE SER OPERADA À RAZÃO DE 1/6. DETRAÇÃO PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO MERITÓRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OMISSÃO, TODAVIA, QUE DEVE SER SANADA. COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA PARA DESCONTAR O TEMPO DE PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO EX OFFICIO, PARA QUE O TRIBUNAL LOCAL OPERE A DETRAÇÃO DA PENA COMO ENTENDER DE DIREITO, AFASTADO O ENTENDIMENTO DE QUE ESSA COMPETÊNCIA É EXCLUSIVA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS.

(...)

9. Na segunda fase do cálculo da pena, constata-se que a confissão espontânea do Paciente foi ponderada e cotejada com a demais provas dos autos e, portanto, lastreou o juízo condenatório. Assim, ao minimizar a relevância do elemento probatório produzido pelo Réu, fundado na conclusão de que a autoria delitiva foi respaldada nas demais provas dos autos, a rigor o Tribunal local deixou de considerar, integralmente, a orientação jurisprudencial sedimentada na Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça ("quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal").

Ainda nessa etapa, ao minorar a reprimenda à razão ínfima de 1/18 (um dezoito avos), a Corte local, substancialmente, afastou, ao menos em parte, a aplicação da Jurisprudência do STJ, fixada no sentido de que a confissão que lastreou a condenação, ainda que seja fragmentária, deve sempre atenuar a pena, segundo o art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.

(...)

(HC n. 704.196/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022)

5. Afastamento ex officio do crime continuado

Na terceira fase da dosimetria, a magistrada primeva aplicou o art. 71 do CP, ao argumento de que "o réu, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes da mesma espécie, com as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, reconheço a continuidade delitiva entre os delitos". (doc. 52).

Contudo, não há que se falar em aplicação da continuidade delitiva.

O reconhecimento da continuidade delitiva específica exige o preenchimento dos requisitos estabelecidos no caput do art. 71 do Código Penal, bem como daqueles dispostos no parágrafo único daquele mesmo dispositivo, quais sejam: I- crimes dolosos; II- vítimas diferentes; e III- emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Confira-se:

"Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código."

Sobre o assunto, a doutrina preleciona:

"(...) o crime continuado específico é o previsto no parágrafo único do artigo 71 do CP, o qual se verifica nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Aplica-se a pena de qualquer dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada até o triplo". (MASSON, Cléber. Código Penal Comentado, 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2016, p. 445).

Na espécie, a ofendida retificou suas declarações perante a autoridade judiciária, negando a prática

das ameaças e, dessa forma, inexistindo testemunhas acerca dos fatos, entendo ser temerária a aplicação do art. 71 do CP, no caso concreto.

6. Reestruturação da pena do apelante

Passo, portanto, à reestruturação da pena do apelante.

Na primeira fase, mantenho a análise desfavorável da circunstância judicial relativa aos antecedentes criminais do apelante, fixando a pena-base em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, diante da existência da atenuante de confissão espontânea e da agravante de reincidência, procedo à compensação de ambas. Todavia, em face da presença das agravantes insertas no art. 61, inciso II, alíneas "e" e "h" do CP, efetuo o acréscimo de 2/6 (dois sextos), fixando a pena provisória de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diante da causa de diminuição referente à tentativa, mantenho a redução efetuada na primeira instância (1/3), concretizando a pena definitiva em 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 09 (nove) dias-multa.

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, em razão da redução da reprimenda, entendo ser possível o abrandamento para o regime semiaberto.

Mantenho a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a concessão do sursis, em virtude do não preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 e 77, ambos do CP.

DISPOSITIVO

Com tais considerações, DE OFÍCIO, reconhecendo a atenuante de confissão espontânea e afastando o crime continuado e, dando PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, reduzir a pena do apelante, concretizando-a em 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 09 (nove) dias-multa, mantendo-se, quanto ao mais, os termos da decisão prolatada na primeira instância.

Custas recursais na forma do art. 804 do CPP.

DESA. VALERIA RODRIGUES (REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

DESA. DANIELA VILLANI BONACCORSI RODRIGUES - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, COM ALTERAÇÕES DE OFÍCIO."