

Apelação Criminal n. 0001148-47.2015.8.24.0076, de Turvo  
Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. MAUS-TRATOS A ANIMAL DOMÉSTICO (ART. 32, *CAPUT*, DA LEI N. 9.605/1998). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DO APELADO QUANTO AO TERCEIRO FATO DESCRITO NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. RÉU ACUSADO DE MANTER RELAÇÕES SEXUAIS COM ANIMAL DOMÉSTICO, QUE OCACIONARAM EM FERIMENTOS E MUTILAÇÕES NO CÃO. PROVAS COLHIDAS DURANTE A INSTRUÇÃO QUE DÃO CONTA UNICAMENTE DE QUE O APELADO PRATICOU MAUS-TRATOS CONSISTENTES EM FERIR E PRIVAR O ANIMAL DOMÉSTICO DE CUIDADOS BÁSICOS EM DUAS OPORTUNIDADES (FATOS 1 E 2 DA DENÚNCIA). TESTEMUNHAS QUE NÃO PRESENCIARAM O INCIDENTE E QUE, OU RECONTAM FATOS VISTOS POR TERCEIROS, OU DESCREVEM TRATAR O EVENTO DE MERO COMENTÁRIO ENTRE VIZINHOS. INEXISTÊNCIA DE PROVA PERICIAL OU DOCUMENTO CAPAZ DE SUSTENTAR QUE OS MACHUCADOS DO CÃO TENHAM SIDO PROVOCADOS PELO APELADO NA FORMA DESCRITA. AUSÊNCIA DA CERTEZA NECESSÁRIA PARA EMBASAR UM DECRETO CONDENATÓRIO. APLICAÇÃO DO *IN DUBIO PRO REO*. REFORMA DA SENTENÇA PELA ABSOLVIÇÃO, NO QUE SE REFERE AO TERCEIRO FATO DESCRITO NA EXORDIAL ACUSATÓRIA, QUE SE IMPÕE. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PRETENDIDO AUMENTO DA PENA PELO RECONHECIMENTO DA CULPABILIDADE ELEVADA, TENDO EM VISTA A REITERAÇÃO DA CONDUTA DE MAUS-TRATOS. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO INERENTE. NECESSIDADE DE REAJUSTE, DE OFÍCIO, DA PENA-BASE. PERSONALIDADE CONSIDERADA NEGATIVA DEVIDO AO FATO DO RÉU FAZER DA PRÁTICA DE ABUSOS CONTRA OS ANIMAIS ATIVIDADE ROTINEIRA, E DE POSSUIR UM COMPORTAMENTO ESTRANHO E AGRESSIVO QUE CAUSA TEMOR À COMUNIDADE. FUNDAMENTO

IGUALMENTE SOPESADO PARA RECONHECER O VETOR DA CONDUTA SOCIAL. EXTIRPAÇÃO DEVIDA, SOB PENA DE *BIS IN IDEM*. PEDIDO PELO AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA E RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL ENTRE OS DOIS CRIMES PRATICADOS. POSSIBILIDADE. LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A 30 (TRINTA) DIAS ENTRE AS AÇÕES CRIMINOSAS. REQUISITOS DA CONTINUIDADE DELITUOSA RECONHECIDOS EM PRIMEIRO GRAU NÃO SATISFEITOS. ENTENDIMENTO DESTA COLETA CORTE NO SENTIDO DE QUE DEVE SER RECONHECIDO O CONCURSO MATERIAL. "Segundo entendimento desta Corte Superior, o lapso de tempo superior a 30 dias entre o cometimento dos delitos impossibilita o reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto descaracteriza o requisito temporal, que impõe a existência de uma certa periodicidade entre as ações sucessivas. (STJ, Min. Sebastião Reis Júnior). PEDIDO DE AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RÉU QUE É REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO, EMBORA NÃO ESPECÍFICO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VEDAÇÃO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS (ART. 44, INC. III, DO CP). "[...] II - Nos moldes do art. 44, inciso III, do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade depende da observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo diploma legal. Desse modo, não se justifica a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou a suspensão condicional da pena (CP, art. 77), quando demonstrado nos autos a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, haja vista possuir maus antecedentes." (TJSC, Apelação Criminal n. 2008.073730-7, de Jaguaruna, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 09-06-2009). PLEITO PELA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDO NO ARE N. 964.246. FIXAÇÃO, DE OFÍCIO, DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR NOMEADO PELA APRESENTAÇÃO

DAS CONTRARRAZÕES. VERBA FIXADA NOS TERMOS DO ENTENDIMENTO DA SEÇÃO CRIMINAL DESTA EGRÉGIA CORTE E NO ART. 85, §§2º e 8º, DO CPC C/C ART. 3º, DO CPP. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001148-47.2015.8.24.0076, da comarca de Turvo Vara Única em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Donato Bento Americo.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para absolver o apelado Donato Bento Américo da prática do crime descrito no fato 3 da exordial acusatória, reajustar a pena para 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção e 24 (vinte e quatro) dias-multa, e afastar o benefício previsto no artigo 44, do Código Penal, mantendo-se as demais cominações da sentença; e, de ofício, fixar em R\$ 626,00 (seiscentos e vinte e seis reais) a verba honorária em favor do defensor nomeado pela apresentação das contrarrazões. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado na data de 14 de fevereiro de 2019, o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza e o Exmo. Sr. Desembargador Antônio Zoldan da Veiga.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2019.

Cynthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer  
Presidente e Relatora

## RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia em face de Donato Bento Américo, imputando-lhe a prática do delito disposto artigo 32 da Lei nº. 9.605/1998, c/c artigo 69 do Código Penal, por 3 (três) vezes, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória (fls. 42/44):

### "FATO 1

Nos idos de junho de 2015, em data e horário a serem apurados no curso da ação penal, o denunciado DONATO BENTO AMÉRICO praticou maus-tratos a animal doméstico de sua propriedade, da espécie canina, fêmea, sem raça definida, pelagem preta, porquanto abandonou o referido animal, muito machucado e acometido de sarna, que, só não morreu por interferência de terceiros que se compadeceram com a situação do animal e lhe prestaram a devida assistência.

### FATO 2

Nos idos de agosto de 2015, em data e horário a serem apurados no curso da ação penal, o denunciado DONATO BENTO AMÉRICO praticou maus-tratos a animal doméstico de sua propriedade, da espécie canina, fêmea, sem raça definida, pelagem preta, porquanto, após o referido animal ter sido resgatado e tratado por pessoas da comunidade, levou-o novamente para sua casa, onde o manteve preso por uma corda e o privou de alimentação.

### FATO 3

Nos idos de agosto de 2015, em data e horário a serem apurados no curso da ação penal, o denunciado DONATO BENTO AMÉRICO praticou ato de abuso, feriu e mutilou animal doméstico de sua propriedade, da espécie canina, fêmea, sem raça definida, pelagem preta, porquanto manteve relações sexuais com o referido animal, que resultaram ferimentos no órgão genital deste."

A denúncia foi recebida (fl. 45), o réu foi citado (fl. 49) e apresentou defesa (fls. 56/57).

A defesa foi recebida e, não sendo o caso de absolvição sumária, foi designada audiência de instrução e julgamento (fl. 58).

Na instrução foram inquiridas as testemunhas arroladas por acusação e defesa e decretada a revelia do réu (fls. 90/93).

Encerrada a instrução processual e apresentadas as alegações finais (fls. 103/111 e 119/131), sobreveio a sentença (fls. 146/153), com o seguinte dispositivo:

"III. DISPOSITIVO.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia e CONDENO Donato Bento Américo, à pena de 6 meses de detenção, em regime inicial semiaberto e a 12 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática de crime previsto no art. 32, da Lei n. 9.605/1998, procedendo-se a substituição da pena corporal por um restritiva de direito, na forma da fundamentação."

Inconformado, o representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação (fls. 146/153), postulando a reforma da sentença, no que tange ao terceiro fato descrito na exordial acusatória, do qual entende que o apelado deva ser absolvido diante da inexistência de provas substanciais acerca da existência da conduta ilícita imputada. Na dosimetria, busca o aumento da pena-base através da valoração negativa da circunstância da culpabilidade, o afastamento da continuidade delitiva entre os crimes delineados nos fatos um e dois da denúncia para incidência do critério do cúmulo material (artigo 69 do CP), e ainda, a supressão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade fixada por penas restritivas de direitos aplicada pelo togado de piso na sentença. Ao final, pede a expedição do mandado de prisão do apelado.

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 156/161) e ascenderam os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Marcílio de Novaes Costa (fls. 169/174), manifestando-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

Este é o relatório.

## VOTO

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação criminal interposto pelo representante do Ministério Público contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Turvo, que condenou o apelado à pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e 12 (doze) dias-multa à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática de crime previsto no artigo 32, da Lei nº. 9.605/1998, procedendo-se a substituição da pena corporal por um restritiva de direito.

### 1. Do pedido absolutório:

Pretende o representante do Ministério Público a absolvição do apelado da imputação referente ao terceiro fato descrito na denúncia, por entender que não há nos autos prova substancial da existência da conduta ilícita.

Assevera que as testemunhas ouvidas não confirmaram a ocorrência da conduta ilícita, mas apenas declararam que, embora hajam comentários entre os vizinhos a respeito do fato, nunca presenciaram o apelado mantendo relações sexuais com o animal doméstico.

E, de fato, analisando detidamente as provas dos autos, entendo que assiste razão à acusação ao afirmar que as provas produzidas são insuficientes para confirmar a ocorrência da conduta ilícita imputada.

Isto porque, como se verá, tudo o que a instrução logrou coletar sobre a ocorrência foram depoimentos de testemunhas que não presenciaram o incidente, e que, ou recontam fatos vistos por terceiros - que negam-se a depor por medo e/ou vergonha -, ou descrevem tratar o evento de mero comentário entre vizinhos.

Nesse sentir, a testemunha Sharon Brulinger Pavei Cabral, quando

ouvida na fase administrativa, asseverou que "[...] foi no local e da casa da vizinha fotografou a cachorra, inclusive com as partes genitais bem machucadas; Que segundo comentários de populares e da vizinha de nome Maria da Graça, Donato mantém relações sexuais com a cadela; Fatos narrados e presenciados pela vizinha que outro dia viu Donato fazendo sexo com o animal, mas ficou com medo de denunciá-lo, pois Donato é pessoa estranha e tem costumes anormais. [...]" (fl. 06). – grifei.

Em contraditório, referida testemunha mencionou que num primeiro momento, quando viu a cachorra, o que a espantou foi o aspecto dos órgãos genitais do animal, acreditando inicialmente até que ela pudesse estar no cio, mas posteriormente viu que era uma situação muito anormal, que a área genital parecia "tipo um cano, assim". Afirmou que a partir daí, as pessoas começaram a lhe contar que o acusado mantinha relações sexuais com animais. (transcrição indireta da audiência de instrução, mídia à fl. 90). – grifei.

Outrossim, a testemunha Morgana da Luz Canella disse extrajudicialmente que "[...] todos da cidade comentam que Donato faz sexo com os animais, e inclusive com aquela cachorra; Que nunca viu tal ato, mas já ouviu de várias pessoas que afirmam ter visto, no entanto, não querem se comprometer. [...]" (fl. 25). – grifei.

De se ressaltar que em juízo a testigo não mencionou nada acerca do fato em questão, apenas confirmou os maus tratos do animal por parte do réu.

Por sua vez, a testemunha Maria das Graças Costas mencionou extrajudicialmente que "[...] tem conhecimento de muitas histórias contadas a respeito de Donato, inclusive que ele mantém relações sexuais com animais; Que relatam que Donato já fazia sexo com ovelhas e ultimamente com cachorras. [...]", mas em momento algum mencionou ter presenciado quaisquer desses casos. (fl. 12). – grifei.

Já em juízo, inicialmente negou que tivesse visto o acusado

praticando qualquer agressão contra os seus animais, justificando que apesar de ser sua vizinha costuma ficar fora de casa o dia inteiro. Esclareceu que não possui temor ou receio de que o réu lhe cause algum mal. Confirmou ser sua assinatura no termo de depoimento de fl. 12, e, após ser questionada pelo magistrado sobre o teor do documento, atestou que tem conhecimento de muitas histórias contados a respeito do réu, inclusive de que ele mantém relações sexuais com animais. Ratificou que o acusado fez sexo com uma ovelha de seu marido e a matou, e que ouviu histórias de que atualmente ele se relaciona com cachorros. Reafirmou que há uns dois anos viu o réu segurar um cachorro por uma corda amarrada ao pescoço do animal e que das partes genitais no bicho pingava sangue. Explicou que costuma ficar sozinha em casa durante a semana e que tem medo de expor o réu. (transcrição indireta da audiência de instrução, mídia à fl. 90). – grifei.

A declarante Daiane da Costa explicou para a autoridade policial que *"[...] nunca viu Donato mantendo sexo com os animais, mas já viu ele entrando e trancando a casa e levando a cachorra consigo; Que nesse dia ouvia a cachorra latir e gritar muito, parecia mesmo que estava sendo maltratada; Que já ouviu muitas pessoas falando que ele faz isso com os animais, mas nunca viu, são só suspeitas."* (fl. 10). A declarante não foi ouvida em contraditório.

Por final, a testemunha Maria Lúcia Costa esclareceu na fase inquisitiva que *"[...] Donato tem fama de tarado, tem comentários que faz sexo com animais e isso tudo deixa as pessoas com medo dele; Que a depoente afirma que já viu a cachorra preta com vários machucados na área genital, inclusive ficou dias sem conseguir baixar a cola; [...] Que algumas pessoas já vieram dizer que viram Donato fazendo sexo com as cachorras e relata que orienta a denunciarem na Delegacia, no entanto, essas mesmas pessoas que vieram lhe contar afirmam que não querem se envolver, por medo e vergonha."* (fl. 26). – grifei.

Contrário ao que alegou na fase incidental, em juízo, afirmou que não via o réu maltratar a cachorra, pois passava o dia fora de casa. Mencionou apenas que certo dia avistou a cachorra deitada, solta, com um vasilha próxima, mas não viu se tinha algo dentro. Esclareceu que não se recorda de ter visto o animal machucado na região genital. (transcrição indireta da audiência de instrução, mídia à fl. 90).

Como se percebe, as provas colhidas durante a instrução dão conta unicamente de que o apelado praticou maus-tratos àquele referido animal doméstico, ferindo-o e privando-o de cuidados básicos. Entretanto, com base exclusivamente nesses elementos probatórios suprajacentes, não há como sustentar o édito condenatório relativo ao terceiro evento narrado na exordial.

Não se ignora o fato de que as testemunhas Sharon Brulinger Pavei Cabral e Maria Lucia Costa confirmaram que o animal apresentava muitos machucados na área genital, todavia, não há qualquer prova pericial ou documento capaz de sustentar que esses tenham sido provocados pelo apelado da forma descrita.

Em conclusão, porque a condenação não deve ter alicerce em presunção, mas sim no resultado da prova produzida nos autos, o que, no caso presente, não se mostrou suficiente para condenar o réu, a reforma da sentença, no que se refere ao terceiro fato descrito na exordial acusatória, é medida de rigor.

Nesse sentido são os precedentes deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR (ART. 171, §1º E ART. 311, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. RECURSO DEFENSIVO. ALEGADA FALTA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA. CONTUDO A AUTORIA DOS CRIMES NÃO RESTOU COMPROVADA, HAVENDO APENAS INDÍCIO DE QUE TERIA REGISTRADO FALSAMENTE O FURTO DE SEU VEÍCULO E POSTERIORMENTE ALTERADO SUAS CARACTERÍSTICAS. RÉU CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU COM BASE

EM PRESUNÇÕES. AUSÊNCIA DE PROVA DO LIAME ENTRE O RÉU E CORRÉU QUE FOI SURPREENDIDO NA POSSE DO VEÍCULO FURTADO E ADULTERADO. NECESSÁRIA A DEVIDA CERTEZA NO CONJUNTO PROBATÓRIO PARA SUSTENTAR UM DECRETO CONDENATÓRIO. ADEMAIS, DÚVIDA RAZOÁVEL QUE DEVE SER RESOLVIDA EM FAVOR DO RÉU. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "No processo penal, a dúvida não pode militar em desfavor do réu, haja vista que a condenação, como medida rigorosa e privativa de uma liberdade pública constitucionalmente assegurada (CF/88, art. 5º, XV, LIV, LV, LVII e LXI), requer a demonstração cabal da autoria e materialidade, pressupostos autorizadores da condenação, e na hipótese de constarem nos autos elementos de prova que conduzam à dúvida acerca da autoria delitiva, a absolvição é medida que se impõe, em observância ao princípio do in dubio pro reo" (Apelação Criminal n. 2009.039986-3, de Brusque. rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 23.7.2010). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0005687-98.2011.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 24-10-2018). – grifei.

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES MILITARES - ARTS. 209, § 1º (LESÃO CORPORAL GRAVE), 223 (AMEAÇA) E 319 (PREVARICAÇÃO), TODOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR - CONDENAÇÃO - RECURSO DEFENSIVO. [...] . PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - ACOLHIMENTO - EXISTÊNCIA DE FUNDADAS DÚVIDAS QUANTO À AUTORIA DELITIVA - DEPOIMENTOS PRESTADOS PELA VÍTIMA QUE APRESENTAM CONTRADIÇÕES - NEGATIVA DOS RÉUS HARMÔNICA COM OS DEPOIMENTOS DOS DEMAIS MILICIANOS - QUESTÃO QUE SE RESOLVE EM FAVOR DOS RÉUS - DECISUM MODIFICADO. Se do conjunto probatório amealhado aos autos não é possível extrair a certeza necessária para a condenação, a absolvição é medida que se impõe. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0064620-89.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 06-09-2018). – grifei.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. POSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL E INSUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A AUTORIA DELITIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO RÉU. SENTENÇA MANTIDA. Inexistindo elementos de prova suficientes para demonstrar com certeza a autoria delitiva, senão a mera presunção de que o acusado participou dos fatos, a absolvição é medida que se impõe, em observância ao princípio do in dubio pro reo. Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento parcial do recurso. Recurso conhecido e provido. (TJSC, Apelação Criminal n. 0003900-52.2013.8.24.0014, de

Campos Novos, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 12-07-2018). – grifei.

Nesse contexto, acolhe-se do pedido formulado pela acusação para absolver o apelado da terceira conduta descrita na exordial acusatória, mantendo-se a condenação no tocante aos demais fatos.

## 2. Da dosimetria:

Referente à dosimetria da pena, a acusação busca o aumento da pena-base através da valoração negativa da circunstância da culpabilidade. Para tanto, assevera que o fato do acusado, após ter ciência de que o animal estava bem cuidado, fazer questão de tê-lo consigo, para novamente fazê-lo passar por situações degradantes e de crueldade, merece maior grau de censura e reprovação por este Colegiado, com a conseqüente majoração da reprimenda.

A pretensão, contudo, não comporta acolhimento.

Atinente à culpabilidade, o penalista Fernando Capez assim discorre sobre esta circunstância judicial:

"[...] pretendeu o legislador que o 'grau de culpabilidade', e não a culpabilidade, fosse o fator a orientar a dosimetria penal. Assim, todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiverem um grau maior de culpabilidade receberão, por justiça, uma apenação mais severa. Do mesmo modo, o dolo e a culpa integram o fato típico, sendo elementos inseparáveis da conduta. Não poderiam, por essa razão, jamais atuar na fase de fixação da pena, pois sua existência é pressuposto para que haja fato típico. No entanto, o grau de culpa e a intensidade do dolo importam na quantidade de pena que será atribuída ao acusado." (Curso de Direito Penal: parte geral. Vol. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 436).

Não há dúvidas de que a culpabilidade pode ser utilizada para fins de aplicação da pena-base, desde que a fundamentação não se confunda com os elementos do fato típico, mas em razão de aferição negativa de elementos concretos nos autos, pelos quais entende-se uma maior reprovabilidade na conduta do agente.

No caso concreto, a justificativa apresentada pela acusação não constitui fundamentação idônea para determinar a maior reprovabilidade da conduta do acusado, haja vista que o fato do réu procurar o animal e fazê-lo passar outra vez por situações degradantes e de crueldade não pode ser traduzido como um novo agravamento da pena, porquanto já delimitado como uma reiteração delitiva, tanto é que tal episódio consta como o segundo fato descrito na denúncia, pelo qual o acusado também foi condenado.

Este é o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ART. 297, § 1º, C.C COM O ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). [...] DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. [...] PERSONALIDADE. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. [...] 2. A jurisprudência deste Sodalício entende que a pena-base só pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada, circunstância não verificada no caso em exame, na medida em que utilizadas considerações abstratas e inerentes ao tipo penal violado para justificar a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal. 3. Dessa forma, justamente porque verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais referentes aos antecedentes e à personalidade do agente, merece o acórdão impugnado ser reformado nesse ponto, para reduzir a pena-base para o mínimo legal. [...] 6. Embargos declaratórios rejeitados. Ordem concedida de ofício, a fim de redimensionar a pena do embargante para 4 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão e multa. (EDcl no AgRg no AREsp 153.028/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018) - grifei.

Nesse contexto, com base na fundamentação apresentada, não há considerar a culpabilidade como circunstância desabonadora no caso.

Antes de adentrar nas demais insurgências recursais, verifico a necessidade de se promover algumas alterações na dosimetria de ofício.

Inicialmente, apenas para uma questão de esclarecimento, analisando a certidão de antecedentes criminais de fls. 36/38 é possível observar que o apelado possui duas sentenças condenatórias transitadas em julgado: (1)

nos autos n. 0002128-67.2010.8.24.0076 (fl. 38), em virtude da prática do delito de lesão corporal e ameaça no contexto de violência doméstica, com trânsito em julgado na data de 24/08/2012, considerada como circunstância agravante de pena pela reincidência; (2) nos autos n. 0003549-87.2013.8.24.0076 (fl. 36), em virtude da prática de contravenção penal, com trânsito em julgado na data de 29/10/2013.

Muito embora não se tenha qualquer observação nesse sentido na decisão, o que entendo ocasionar uma mera questão de erro material, havendo apenas essas duas condenações definitivas, e tendo o magistrado *a quo* optado pela primeira (n. 0002128-67.2010.8.24.0076) como fundamento para reincidência delitiva, mas, anotando a existência de maus antecedentes, por exclusão, entende-se que a segunda condenação (n. 0003549-87.2013.8.24.0076) serve de embasamento para valoração negativa dos antecedentes criminais.

Nesse ponto, é importante destacar que *"não há ilegalidade na exasperação da pena-base no caso, pois não obstante não caracterize reincidência, a contravenção penal pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes"*. (AgRg no AREsp n. 896.312/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 29/6/2016).

Dito isso, vê-se que na primeira fase dosimétrica o togado singular sopesou negativamente três circunstâncias judiciais, quais sejam: antecedentes criminais, personalidade e conduta social, e aplicou em razão de suas incidências a fração de aumento de 1/3 (um terço).

Como se viu, há fundamentação idônea para valoração negativa dos antecedentes criminais em razão da condenação definitiva nos autos n. 0003549-87.2013.8.24.0076 (fl. 36).

No entanto, nota-se que tanto a personalidade quanto a conduta

social são sopesadas pelo mesmo argumento: o fato das testemunhas terem descrito condutas ilícitas rotineiramente praticadas pelo acusado, como maus-tratos com outros animais, além do seu comportamento estranho e agressivo que causa temor na comunidade.

E é justamente essa conclusão que se pôde extrair do depoimento judicial da testemunha Morgana da Luz Canella (mídia à fl. 90), quando esclareceu que o apelado é pessoa conhecida pelos maus-tratos a animais, fatos que, inclusive, faz questão de noticiar para comunidade, dizendo-lhes coisas como: *"prendi um embaixo da ponte, passei com a bicicleta por cima, tô tirando os pedaços, isso a gente ouvia da boca dele [...] até para meter medo nos outros"*. Mais ainda quando confirmou que o convívio social do réu com os populares é muito complicado, destacando que *"todo mundo tem medo do Donato. Eu moro na frente da casa da naturóloga do município, ela veio aqui (Juízo) por causa dele, a minha sobrinha já veio aqui por causa dele, as minhas primas já vieram aqui por causa dele, todo mundo tem medo do Donato. O Donato é o bicho-papão da cidade."* (mídia à fl. 90).

Ocorre que, apesar da fundamentação utilizada pelo magistrado a quo se encaixar no contexto exigido para reconhecimento negativo das citadas circunstâncias, não há como sopesá-las em conjunto pelo mesmo argumento, sob pena de ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

Logo, com o intuito de manter apenas uma delas, afasta-se a circunstância judicial da personalidade.

Dito isso, considerando a incidência de duas circunstâncias judiciais negativas: os antecedentes criminais e a conduta social, e, utilizando-se da fração de aumento de 1/6 (um sexto), a pena-base para os fatos um e dois narrados na denúncia deve ser fixada em 4 (quatro) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, mantém-se a incidência da circunstância

agravante da reincidência, em virtude da condenação proferida nos autos n. 0002128-67.2010.8.24.0076 (fl. 38), contudo, altera-se a fração de aumento para 1/6 (um sexto), haja vista que o agravamento maior da pena não foi justificado pelo sentenciante na oportunidade, e assim, fixa-se a pena intermediária para os fatos um e dois narrados na denúncia em 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

Na derradeira fase, não se fazem presentes causas de aumento, e adianto, nem de diminuição de pena – como se verá a seguir -, motivo pelo qual torna-se a reprimenda definitiva em 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, para ambos os fatos imputados.

Superadas essas questões, retorna-se a análise das insurgências acusatórias.

Pretende ainda a acusação o afastamento da continuidade delitiva (artigo 71 do CP) entre os crimes delineados nos fatos um e dois da exordial acusatória, asseverando que entre a prática de um e outro crime decorreu lapso temporal aproximado de 60 (sessenta) dias, além das condutas do réu terem decorrido de desígnios autônomos, fazendo incidir o critério do cúmulo material (artigo 69 do CP).

Como já foi adiantado, assiste razão à acusação.

Esta é a redação dos citados dispositivos legais:

"Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

[...]

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."

Colhe-se da prova produzida nos autos que o primeiro fato ocorreu em junho de 2015 e o segundo ocorreu em agosto de 2015, razão pela qual houve o intervalo muito superior a 30 (trinta) dias entre os delitos, não havendo assim como identificar a unidade de desígnios entre os delitos.

Segundo entendimento desta Colenda Corte de Justiça o decurso do período de prazo superior a 30 (trinta) dias entre um crime e outro afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, senão veja-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO POR TRÊS VEZES. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] DOSIMETRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA PARA TODOS OS CRIMES DE ROUBO. NÃO ACOLHIMENTO. DELITO RELATIVO AO PRIMEIRO FATO QUE OCORREU EM LAPSO SUPERIOR A 30 (TRINTA) DIAS DOS DEMAIS. ENTENDIMENTO DESTA COLENDIA CORTE NO SENTIDO DE QUE DEVE SER RECONHECIDO O CONCURSO MATERIAL. "Segundo entendimento desta Corte Superior, o lapso de tempo superior a 30 dias entre o cometimento dos delitos impossibilita o reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto descaracteriza o requisito temporal, que impõe a existência de uma certa periodicidade entre as ações sucessivas. (STJ, Min. Sebastião Reis Júnior). [...] (TJSC, Revisão Criminal n. 4001811-88.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 29-03-2017)" PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO QUE SE TORNA PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002866-19.2016.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 16-11-2017). – grifei.

REVISÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E CONTRAÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (CP, ART. 217-A, C/C 226, II, POR CINQUENTA VEZES CONTRA UMA VÍTIMA, EM CONTINUIDADE DELITIVA, E UMA VEZ CONTRA OUTRA OFENDIDA, E LCP, ART. 65). CONCURSO DE CRIMES - PRETENDIDA A INCIDÊNCIA DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TODAS AS INFRAÇÕES PENAS - IMPOSSIBILIDADE - REQUISITOS DO ART. 71 DO CP NÃO PREENCHIDOS - HIPÓTESE DE CONCURSOMATERIAL - DECISÃO ACERTADA. "Segundo entendimento desta Corte Superior, o lapso de tempo superior a 30 dias entre o cometimento dos delitos impossibilita o reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto descaracteriza o requisito temporal, que impõe a existência de uma certa periodicidade entre as ações

sucessivas." (STJ, Min. Sebastião Reis Júnior). PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E INDEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4001811-88.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 29-03-2017). - grifei.

APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. ABSOLVIÇÃO. DESCONHECIMENTO DA INAUTENTICIDADE DOCUMENTAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. LICENÇA PARA CONDUZIR ADQUIRIDA SEM A REALIZAÇÃO DE TESTE PRÁTICO OU TEÓRICO. NOME DIVERSO APOSTO NO DOCUMENTO. INAUTENTICIDADE DOCUMENTAL PATENTE. ACUSADO QUE SABIA DA ILICITUDE DA LICENÇA PARA CONDUZIR. 2. DOSIMETRIA. 2.1. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO. NEGATIVA DO CRIME. ATENUANTE NÃO VERIFICADA. 2.2. CONCURSO DE CRIMES. CRIME CONTINUADO. IMPOSSIBILIDADE. LAPSO TEMPORAL DECORRIDO ENTRE OS DELITOS MAIOR QUE 30 DIAS. 2.3. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ACUSADO REINCIDENTE. REGIME INICIALMENTE FECHADO MANTIDO. 1. Conhece a origem ilícita do documento o acusado que porta licença para conduzir veículo automotor estrangeira, com nome diverso do seu e adquirida sem a realização de nenhum exame, teórico ou prático. 2.1. É inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea quando o agente, em seu interrogatório, limita-se a dizer que não houve crime por ausência de dolo. 2.2. Não se configura a continuidade delitiva quando o lapso temporal entre um crime e outro ultrapassa trinta dias, devendo ser aplicada, na hipótese, a regra do concurso material. 2.3. Tratando-se de pena de reclusão, reincidente o acusado e fixada reprimenda maior que 4 anos, o regime inicial obrigatoriamente deve ser o fechado (CP, art. 33, § 2º e Súmula 269 do STJ). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001571-26.2016.8.24.0026, de Guaramirim, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 28-03-2017).

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSTULADO O AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO AOS DELITOS PRATICADOS EM DATA SUPERIOR A 2 (DOIS) MESES UNS DOS OUTROS. TESE ACOLHIDA. CONTINUIDADE DELITIVA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO TEMPORAL. APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PENA READEQUADA. CONFIGURADA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO NA FORMA RETROATIVA. EXEGESE DOS ARTIGOS 109, VI, E 110, § 1º, DO CP, AMBOS COM REDAÇÃO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI 12.234/2010. RECURSO PROVIDO. RECURSO DA DEFESA PREJUDICADO. - O transcurso de período de tempo maior que 30 (trinta) dias entre um crime e outro inviabiliza o reconhecimento da continuidade delitiva entre eles, o que não impede que seja reconhecida a continuidade delitiva entre os demais crimes, praticados em

lapso de tempo inferior. - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. Inteligência do art. 119 do CP. - Ultrapassado o prazo prescricional previsto no artigo 109, inciso VI, do Código Penal (com redação anterior ao advento da Lei 12.234/2010), impõe-se o reconhecimento da prescrição retroativa e, em consequência, a extinção da punibilidade. - Parecer da PGJ pelo conhecimento de ambos os recursos e pelo provimento daquele interposto pelo Ministério Público e pelo acolhimento da prejudicial de prescrição suscitada pela defesa. - Recurso do Ministério Público conhecido e provido e, de ofício, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, prejudicado o julgamento do recurso da defesa. (TJSC, Apelação Criminal n. 2011.008067-9, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 11-02-2014). - grifei.

Assim, afasta-se a continuidade delituosa operada em Primeiro Grau e reconhece-se o critério de cúmulo material de crimes aos fatos um e dois narrados na exordial acusatória, que, ante a absolvição promovida por este Colegiado no que se refere ao fato três, devem ter as reprimendas somadas, por orientação do artigo 69 do Código Penal, totalizando a pena definitiva do réu em 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, e mais o pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Adiante, há ainda a insurgência para que se afaste a substituição da pena privativa de liberdade fixada por penas restritivas de direitos, operada pelo magistrado *a quo* na decisão.

Para tanto, aduz a acusação que se mostra inviável a substituição da pena privativa de liberdade, diante do não atendimento aos requisitos insculpidos no artigo 44, incisos II e III do Código Penal, uma vez que o apelado é reincidente em crime doloso e ostenta circunstâncias judiciais negativas.

E mais uma vez assiste razão à defesa.

É cediço que, para a concessão da substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha todos os requisitos exigidos no disposto no artigo 44, do Código Penal, *in verbis*:

"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente." – grifei.

Na hipótese, conquanto tenha o réu sido condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos e não seja reincidente específico, não há que se falar em circunstâncias judiciais favoráveis, o que inviabiliza a concessão da benesse, nos termos artigo 44, III c/c § 3º do Código Penal.

A respeito, já decidiu esta Corte de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306, CAPUT, DA LEI 9.503/1997). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 269 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE APRESENTA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, ALÉM DA REINCIDÊNCIA EM CRIME DOLOSO. MEDIDA QUE NÃO É SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. [...] A reincidência em crime doloso impossibilita a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos do que estabelece o art. 44, II, e § 3º, do Código Penal. Parecer da PGJ pelo conhecimento e o desprovimento do recurso. Recurso conhecido e desprovido.(TJSC, Apelação Criminal n. 0005135-04.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 26-07-2018). - grifei.

REVISÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 10, § 2º, DA LEI N. 9.437/97 - ACÓRDÃO QUE REFORMA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.[...] PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE NÃO RECOMENDAM SOCIALMENTE A MEDIDA (CP, ART. 44, II E III). "As disposições do art. 44, § 3º, do Código Penal, não se aplicam ao caso, porquanto sua interpretação sistemática com o inciso III, do mesmo dispositivo legal, leva à conclusão de que valorando-se negativamente os antecedentes do paciente, a substituição das penas não se mostra medida socialmente recomendável" (STJ, Min. Nefi Cordeiro). PLEITO DE REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, INDEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4013894-21.2018.8.24.0900, de Itajaí, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segundo

Grupo de Direito Criminal, j. 25-07-2018). - grifei.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES. ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PLEITO PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, DA QUANTIDADE DA PENA, DIANTE DE ERRO MATERIAL NA SENTENÇA. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001837-29.2014.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 05-10-2017). - grifei.

APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ART. 155, §4º, III E IV C/C ART. 14) - ALMEJADO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INVIABILIDADE - RÉU VOLTADO À PRÁTICA DELITUOSA - OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - TENTATIVA - ANÁLISE DA EXTENSÃO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO PELO AGENTE - REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE - PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - IMPOSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - INTELIGÊNCIA DO ART. 44, III E ART. 77, II E III, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - SENTENÇA MANTIDA. [...] II - Nos moldes do art. 44, inciso III, do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade depende da observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo diploma legal. Desse modo, não se justifica a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou a suspensão condicional da pena (CP, art. 77), quando demonstrado nos autos a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, haja vista possuir maus antecedentes. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 2008.073730-7, de Jaguaruna, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 09-06-2009). - grifei.

Além do mais, vislumbra-se que o réu possui condenação por prática de crime de lesão corporal e ameaça no contexto de violência doméstica (0002128-67.2010.8.24.0076 - fl. 38), o que demonstra ainda mais o comportamento agressivo e desvirtuado do apelado e reforça a conclusão de que a substituição não seria suficiente para frear o comportamento delituoso do apelante.

Neste sentido, já decidiu esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, DIREÇÃO SEM HABILITAÇÃO [ARTIGOS 306, §1º, INC. I E 309, AMBOS DA LEI 9.503/97]. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. INSURGÊNCIA CONTRA A SUBSTITUIÇÃO DA PENAPRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ACOLHIMENTO. REINCIDÊNCIA EM CRIME DOLOSO, EMBORA NÃO ESPECÍFICA. MAUS ANTECEDENTES. VEDAÇÃO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS (ART. 44, INC. III, DO CP). [...] II - Nos moldes do art. 44, inciso III, do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade depende da observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo diploma legal. Desse modo, não se justifica a substituição da penaprivativa de liberdade por restritiva de direitos, ou a suspensão condicional da pena (CP, art. 77), quando demonstrado nos autos a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, haja vista possuir maus antecedentes. (TJSC, Apelação Criminal n. 2008.073730-7, de Jaguaruna, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 09-06-2009). [...] RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000863-29.2015.8.24.0052, de Porto Uniao, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 26-04-2018).

Neste norte, necessário o acolhimento do pleito acusatório pelo afastamento da benesse prevista no artigo 44, do Código Penal, visto que o apelante não preenche os requisitos legais.

### 3. Da execução provisória da pena:

Por fim, a acusação pediu que fosse iniciada a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença.

Após exaurida a possibilidade de interposição de recursos nesta instância, pode o magistrado de primeiro grau determinar à execução da pena imposta ao réu-apelante, nos termos da decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246 pelo Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PEDIDO DO DOUTO PROCURADOR DE JUSTIÇA PARA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO RÉU, A FIM DE

RESPONDER A EVENTUAL RECURSO EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDO NO ARE N. 964.246. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0004062-12.2017.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 12-04-2018).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DISPOSTOS NOS ARTIGOS 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. RECURSO DEFENSIVO. [...] EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0015318-38.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 17-04-2018).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PLEITO PARA RECORRER EM LIBERDADE. JULGAMENTO POR ESTA CORTE DE SEGUNDO GRAU QUE IMPORTARÁ NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. DETERMINAÇÃO EM OBSERVÂNCIA A ORIENTAÇÃO DO STF (HC N. 126292/SP E ARE 964246). PEDIDO PREJUDICADO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES APREENHIDOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0005974-78.2016.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Luiz Néri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 26-10-2017).

EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. MAIORIA DO COLEGIADO DA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DESTA CORTE QUE ADMITE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRETENSA PREVALÊNCIA DO POSICIONAMENTO MINORITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. EMBARGOS REJEITADOS. "Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria" (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-251, divulgado em

24-11-2016 e publicado em 25-11-2016 ). (TJSC, Embargos Infringentes e de Nulidade n. 1001783-11.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Seção Criminal, j. 28-06-2017).

Assim, deve ser encaminhada cópia deste acórdão à comarca de origem para que se expeçam os documentos necessários à execução da pena imposta, se tal providência ainda não houver sido tomada.

#### 4. Dos honorários devidos ao defensor dativo:

O defensor nomeado, Dr. Ito de Sá, pugnou pela fixação dos honorários pela apresentação das contrarrazões ao recurso de apelação

Com efeito, o artigo 85, § 11, do CPC/2015, utilizado por analogia (artigo 3º, do Código de Processo Penal), prevê a necessidade da fixação dos honorários recursais ao defensor dativo:

"[...] O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento."

No caso, é possível a aplicação deste dispositivo, porquanto as contrarrazões apresentadas pelo réu decorrem de decisão com data posterior à entrada em vigência da referida norma (18.3.2016), nos termos da orientação do Superior Tribunal de Justiça, que em seu Enunciado Adm. n. 7, disciplinou:

"Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11º, do novo CPC."

Nesses termos, nos moldes dos critérios estabelecidos pelo art. 85, do CPC de 2015, majora-se, de ofício, a verba honorária pela atuação esfera recursal em R\$ 626,00 (seiscentos e vinte e seis reais), montante que, considerando a atuação nesta instância, remunera adequadamente o causídico

nomeado ao réu (Dr. Ito de Sá - OAB/SC 21.520).

5. Do dispositivo:

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para absolver o apelado Donato Bento Américo da prática do crime descrito no fato 3 da exordial acusatória, reajustar a pena para 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção e 24 (vinte e quatro) dias-multa, e afastar o benefício previsto no artigo 44, do Código Penal, mantendo-se as demais cominações da sentença, e, de ofício, fixar em R\$ 626,00 (seiscentos e vinte e seis reais) a verba honorária em favor do defensor nomeado para apresentar as contrarrazões de recurso do réu. Ainda, deve ser iniciado o cumprimento da execução provisória da pena, nos termos da fundamentação.

Este é o voto.