



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR LUIZ SILVIO RAMALHO JÚNIOR

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL (Processo nº 0057982-66.2012.815.2003)

RELATOR: Desembargador Luiz Silvio Ramalho Júnior

APELANTE: Ricardo de Almeida Sales

DEFENSORES: André Luiz Pessoa de Carvalho e Enriquemar Dutra da Silva

APELADO: Justiça Pública

PENAL E PROCESSUAL PENAL – Crime contra a liberdade sexual. Estupro de vulnerável. Prova satisfatória de materialidade e autoria. Condenação. Apelação criminal. Pleito absolutório. Alegação de insuficiência de provas. Inocorrência. Arcabouço probatório idôneo. Desclassificação para o delito previsto no art. 65 da Lei das Contravenções Penais. Impossibilidade. Desclassificação para a forma tentada. Inviabilidade. *Iter criminis* esgotado. Delito consumado. Condenação Mantida. Amplitude do efeito devolutivo. Revisão de ofício de institutos jurídicos favoráveis ao censurado. Regime para o cumprimento da pena. Inicialmente fechado. Gravidade em abstrato. Regime prisional diverso. Possibilidade. Provimento parcial, ex officio.

– *Mantém-se a condenação quando o conjunto probatório apresenta materialidade e autoria incontroversas.*

– *Inviável a desclassificação do delito imputado ao apelante para para a contravenção prevista no artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/1941, porquanto os atos praticados por ele não se resumiram a mero ato de molestar ou perturbar a tranquilidade, mas se dirigiram efetivamente para a prática de atos libidinosos.*

– *Comprovado que o agente percorreu todo o iter criminis do delito de estupro de vulnerável, sua conduta não traduz a figura da tentativa.*

– *Ainda que a defesa não tenha questionado o regime inicial para o cumprimento da pena, tal matéria, diante do amplo efeito devolutivo da apelação e por ensejar uma possível melhora na condição jurídica do apenado, deve ser reavaliada de ofício pelo*

Tribunal, a fim de garantir a concessão dos favores legais de que é merecedor.

– A perspectiva do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime, por si só, não constitui motivação idônea para a imposição do regime para o cumprimento da reprimenda.

– O regime inicial para o cumprimento da pena será aquele cabível segundo as regras do art. 33 do Código Penal. Deste modo, satisfeitas as exigências específicas e visando beneficiar o apelante, este capítulo da sentença deve ser reformado, a fim de que a reprimenda corporal seja inicialmente expiada segundo as regras do regime semiaberto.

VISTOS, RELATADOS e DISCUTIDOS estes autos, em que são partes as acima identificadas.

ACORDA a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, em, de ofício, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator e em harmonia, em parte, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por **Ricardo de Almeida Sales** (f. 118) em face da sentença proferida pelo juiz da 6ª Vara Regional de Mangabeira, que o condenou pela prática do delito descrito no art. 217-A¹ do Código Penal, fixando-lhe pena privativa de liberdade de 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (fs. 105/110).

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória que pelas 22:00 horas do dia 08 de janeiro de 2012, o apelante invadiu a residência da menor Maria de Fátima de Meira Andrade do Nascimento, à época com 12 (doze) anos de idade, localizada na rua José Darcy Ferreira, 111, Geisel, e visando a satisfação de sua lascívia, agarrou a vítima beijando-a, abraçando-a e tocando em seus seios (fs. 02/03).

Em seu arrazoado a d. Defesa roga pela absolvição, aduzindo para tanto que inexistem provas robustas acerca da prática dos delitos delineados na peça de ingresso.

Subsidiariamente, caso mantida a condenação, intenta a desclassificação para a contravenção de que trata o art. 65 do Decreto-Lei 3.688/1941 ou, a desclassificação da conduta para a forma tentada (fs. 125/127).

Há contrarrazões, gizando o acerto da decisão primeva (fs. 130/133).

1 CP – Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso, mantendo-se a sentença tal como proferida (fs. 136/141).

É o relatório.

– VOTO – Desembargador Luiz Silvio Ramalho Júnior (Relator).

Conheço do recurso de apelação, porquanto próprio, tempestivo e regularmente processado, estando presentes, assim, os pressupostos para sua admissão.

O presente apelo, como relatado, encerra a pretensão defensiva de reforma da sentença com o fim de se absolver o apelante, alegando para tanto que a prova trazida aos autos é frágil, e por isso, não autoriza o édito condenatório.

Subsidiariamente, pleiteia-se a desclassificação para contravenção de que trata o art. 65² do Decreto-Lei 3.688/1941 ou, a desclassificação da conduta para a forma tentada, nos moldes do art. 14, inciso II³ do Código Penal.

O recurso deve ser parcialmente provido, ex officio.

DA MATERIALIDADE

A materialidade desponta evidente do conjunto probatório, sobretudo dos depoimentos prestados tanto na fase inquisitorial quanto em juízo.

DA AUTORIA

A autoria, por seu turno, é incontroversa.

O evento criminoso, tal qual como descrito na exordial, restou devidamente delineado.

Evitando-se tautologia desnecessária, transcreve-se a detalhada síntese da prova oral registrada.

Na fase inquisitória, foram prestados esclarecimentos como veremos adiante, com destaque em negrito, no que interessa. Confira:

O Condutor **Wildemar Pereira de Lima** (f. 05), declarou:

2 Decreto-Lei 3.688/1941 - Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

3 CP - Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...];

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...] “que no dia de ontem, por volta de 23: 30 hs,sua VTR foi acionada pelo CIOP para comparecer ao bairro do GEISEL, uma rua por trás da delegacia do Geisel, local em que havia um homem sendo espancado pela população por tentar espancar(*sic*) uma criança; que chegando no local, se depararam com o infrator todo lesionado, sendo que só não apanhou mais porque um policial a paisana evitou; **que soube pela mãe da criança que o infrator, o qual era desconhecido da família, invadiu a residência abrindo a porta sem o consentimento de quem de direito, entrando na área da residência, local em que a vítima, menor de idade de 12 anos se encontrava brincando; que foi informado pela menor que o infrator então pegou em seus seios e começou a agarrá-la, beijá-la e passar a mão pelo corpo; que havia outra criança que foi quem chamou a mãe da vítima, a qual saiu gritando, pedindo por socorro;** que segundo alguns populares outras pessoas pegaram-no pelo braço e o levaram novamente até a acriança para que reconhecesse; que quando a criança o reconheceu, os populares, iniciaram a agressão contra o mesmo; que foi dada voz de prisão e conduzido a delegacia;” [...] (*sic*).

João Paulo Jó da Silva (f. 06), consignou:

[...] “que no dia de ontem, por volta de 23: 30 hs,sua VTR foi acionada pelo CIOP para comparecer ao bairro do GEISEL, uma rua por trás da delegacia do Geisel, local em que havia um homem sendo espancado pela população por estuprar uma criança; que chegando no local, se depararam com o infrator todo lesionado, sendo que só não apanhou mais por que um policial a paisana evitou; que soube pela mãe da criança que o infrator, o qual era desconhecido da família, invadiu a residência abrindo a porta sem o consentimento de quem de direito, entrando na área da residência, local em que a vítima, menor de idade de 12 anos se encontrava brincando; **que foi informado pela menor que o infrator então pegou em seus seios e começou a agarrá-la , tentou beijá-la e passar a mão pelo corpo;** que havia outra criança que foi quem chamou a mãe da vítima, a qual saiu gritando, pedindo por socorro; **que segundo alguns populares outras pessoas pegaram-no pelo braço e o levaram novamente até a acriança para que reconhecesse;** **que quando a criança o reconheceu, os populares, iniciaram a agressão contra o mesmo;** que foi dada voz de prisão e conduzido a delegacia;” [...] (*sic*).

Ana Rosa de Meira Lima, genitora de Maria de Fátima de Meira Andrade do Nascimento, a vítima (f. 07), afirmou:

[...] “que no dia de hoje, **por volta das 22:00 hs, a declarante botou três cadeiras em frente de casa, sendo que nelas ficaram sentados a vítima, uma sobrinha e um filho da declarante de dez anos de idade,** para ficarem um instantinho(*sic*) e entrassem logo, entrando a declarante em casa, com seu sobrinho de quinze anos de idade, ficando na sala com o portão aberto olhando; **que se deparou e comentou com seu sobrinho sobre um homem estranho de boné empurrando o portão de sua residência e olhando para dentro;** que um vizinho de nome Mateus de treze anos de idade, atendendo a um sinal de

seu filho que estava lá fora, entrou e foi avisar a declarante que fosse lá fora pois havia um homem pegando nos peitos da vítima e tentando beijá-la, sendo que como o infrator percebeu o movimento, imediatamente antes que a declarante chegasse a ele, o mesmo se evadiu de bicicleta, sendo detido por populares que o espancaram mesmo no local; que um vizinho de nome JURA levou a vítima até o local em que o infrator se encontrava detido para que ela fizesse o reconhecimento, o qual foi efetivamente reconhecido; que Jura foi quem solicitou a presença da Polícia; que a declarante soube por sua filha, vítima que o infrator pegou em seus seios, tentou beijá-la e agarrou seus pulsos no intuito de tirar ela de onde estava e levar para algum lugar; que nunca o viram e nem no local; que teve conhecimento por um vizinho de nome Juliano que sua sobrinha também foi vítima do mesmo infrator;” [...] (sic).

Cumpra registrar que, os testemunhos colhidos pela autoridade policial foram renovados em sede judicial, com a garantia da ampla defesa e do contraditório, o que corrobora a licitude da prova produzida.

Confira o quanto dito, com destaque em negrito, na parte de maior relevância.

João Paulo Jó da Silva (Mídia Audiovisual / DVD – f. 83), declarou:

[...] “lembrei que a população tinha chamado a polícia que tinha segurado um individuo lá que tinha tentado agarrar uma menina; [...] a população tinha espancado ele; [...] tinha um policial a paisana que tinha segurado ele; [...] a mãe da menina disse que ele tinha entrado na casa dela e tinha tentado agarrar a menina; [...] a menina estava nervosa e chorava; [...] a vizinhança disse que ele ia passando no local na hora e viu a menina tentou entrar na casa e pegou nos seios; [...] que o senhor Ricardo estava com sintomas de embriaguez;” [...] (sic).

Ana Rosa de Meira Lima, genitora de Maria de Fátima (Mídia Audiovisual / DVD – f. 83), declarou:

[...] “que é mãe de Maria de Fátima, atualmente com 14 anos; [...] foi assim: como sempre de costume meus meninos ficam na calçada conversando; [...] aí tava também essa minha filha, Maria de Fátima, tudo de menor, na época meu menino tinha uns 12, minha sobrinha tinha 10, estavam todos sentada lá na frente e eu estava dentro de casa vendo televisão; [...] aí esse rapaz ia passando, aí parou e disse assim: “a tia de vocês tá chamando la no espetinho”, aí a minha menina disse assim: não por que eu não tenho nenhuma tia que esteja por aqui”; [...] aí ele desceu da bicicleta e foi até ela e aí começou a pegar assim no seio dela e tal, aí ela começou a ficar em pânico e os dois, o meu filho e minha sobrinha ficaram paralelizados, sem fazer nada; [...] outro menino, que nessa época tinha uns 11 anos foi e empurrou o portão e quando ele tentou entrar esse rapaz segurou o braço dele; [...] ele puxou o braço da minha

menina aí o sobrinho meu disse assim: “pega o tarado”, aí pegaram ele; [...]; fui até onde ele estava para ver esse era ele mesmo e a menina disse que era; [...]; a policia chegou levou eu, ele e a menina pra delegacia e depois eu fui para o IML para fazer o exame; [...]; um amigo meu disse assim: “essa rapaz já tentou pegar também a minha sobrinha”; [...]; ele só apalpou os seios da minha filha;” [...] (sic).

A propósito, compilo excerto das declarações prestadas por Maria de Fátima de Meira Andrade do Nascimento (Mídia Audiovisual / DVD – f. 90), à época com 12 (doze) anos de idade, descrevendo a dinâmica do evento, a qual constitui o cerne da versão acusatória. Confira-se o quanto dito, com destaque em negrito, na parte que importa:

[...] “que nunca tinha visto o acusado; [...]; assim que meu vizinho entrou acho que ele percebeu e pegou a bicicleta e saiu rapidamente; [...]; **eu fiquei em choque, pra mim foi uma tragédia; [...]; eu só ficava escutando o que ele falava ele estava bem no portão impedindo a minha passagem; [...];** não era uma pessoa que morava nas proximidades de minha casa; [...]; **ele chegou dizendo que conhecia meu avô e por ele estar embriagado achei que conhecia mesmo, pois meu avô é alcoólatra; [...]; ele é branco, careca, calvo e aparenta uns trinta, trinta e cinco anos;” [...]** (sic).

Como se vê, a negativa de autoria - tese abraçada pelo recorrente - não encontra amparo em nenhuma outra prova existente nos autos.

Da leitura dos depoimentos prestados pela declarante, pelas testemunhas e pela menor, não se percebem contradições entre as versões apresentada em sede inquisitorial e em juízo, sendo essas, na essência, semelhantes.

Merece ser ressaltado que as informações da vítima em crimes contra os costumes possuem grande credibilidade e alto valor probatório, dada a sua natureza clandestina, eis que a maioria dos delitos dessa natureza são cometidos na surdina, sem testemunhas presenciais, sendo certo que pequenas contradições se tornam irrelevantes quando não alteram a essência do evento danoso, que se afigura claro e incontestado.

Tal ponderação é cabível ainda que se tratem de crianças, desde que a suas narrativas não se mostrem contaminadas por fantasias infantis, o que não se vê no presente caso. Muito pelo contrário, o que se percebe é que a menor descreve os acontecimentos com maturidade, ainda que de forma acanhada e até mesmo inocente.

Ademais, a palavra da vítima, em sede de crime contra a dignidade sexual, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, via de regra, como dito, ocorrem na clandestinidade e longe dos olhos de testemunhas.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça⁴:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. **A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios.**

2. O decisum exarado pelo Tribunal de origem bem assim os argumentos da insurgência em exame firmaram-se em matéria fático-probatória, logo, para se aferir a relevância do laudo referente ao corpo de delito ou contraditar o consistente depoimento da vítima, ter-se-ia de reexaminar o acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

3. A tese esposada pelo Tribunal local consolidou-se em reiterados julgados da Sexta Turma deste Tribunal - Súmula 83/STJ.

4. Na via especial, o Superior Tribunal de Justiça não é sucedâneo de instâncias ordinárias, sobretudo quando envolvida, para a resolução da controvérsia (absolvição do agravante acerca da imputação de estupro, nos termos do art. 386 do CPP), a apreciação do acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido. (grifamos).

Assim, diante da coerência das provas produzidas, todas convergindo para a condenação do apelante, forçoso concluir que o pleito absolutório não deve prosperar.

DA DESCLASSIFICAÇÃO

Como relatado, bate-se a defesa pela desclassificação para a contravenção descrita no art. 65 da Lei das Contravenções Penais.

Alega que o beijo ligeiro e tocar nos seios “são atos que contrastam com o sentimento médio de pudor ou bons costumes”, de modo que, a seu juízo, a conduta é desnuda de concupiscência.

Esta tese, todavia, não comporta acolhimento.

Isso porque, diferentemente do que pretende a defesa, o fato de o apelante beijar, abraçar e tocar nos seios da menor, não afasta a ocorrência do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Coercitivo, uma vez que para a caracterização do tipo basta a simples prática qualquer de ato libidinoso com

4 (AgRg no AREsp 160.961/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012).

menor de 14 (catorze) anos.

Tanto é assim que a norma penal incriminadora contida no artigo 217-A do Código Penal consiste na conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, *ipsis litteris*:

CP - Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Como se vê, o objetivo normativo visa proteger o menor de 14 (catorze) anos, e assim o faz, por considerar que ele não possui capacidade intelectual e volitiva ou, ainda, maturidade fisiológica para resistir aos impulsos naturais do desenvolvimento corporal.

Nesse sentido, extrai-se da doutrina⁵:

[...] “Isto porque, como dissemos acima, **a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos**, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Como dissemos anteriormente, **existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima**. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de estupro de vulnerável.[...].

O núcleo ter, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo constranger, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (quatorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável”. (grifamos).

Logo, na hipótese dos autos, os fatos descritos na denúncia, inquestionavelmente, caracterizam o delito descrito no art. 217-A do Código Penal, cuja elementar é "praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos", em sua forma consumada, motivo pelo qual escorreita a condenação imposta.

5 ROGÉRIO GRECO, *in* Código Penal Comentado, 4ª ed., revista, ampliada e atualizada até 1º de janeiro de 2010. Editora Impetus. Niterói, RJ. 2010, p. 615.

Daí porque, em recente julgado, cuja relatoria ficou por conta do Excelentíssimo Senhor Desembargador Arnóbio Alves Teodósio⁶, esta Câmara decidiu que a prática de ato libidinoso com a vítima menor de 14 anos, configura o delito de estupro de vulnerável, justificando, destarte,a condenação. *In verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Art. 217-A do Código Penal. Vítima menor de catorze anos. Condenação. Irresignação defensiva visando a absolvição. Impossibilidade. Insuficiência probatória. Inocorrência. Autoria e materialidade irrefutáveis. Palavra do ofendido em harmonia com o conjunto probatório. Elementos suficientes para sustentar o édito condenatório. Decisum mantido. Recurso conhecido e desprovido.

- Se o conjunto probatório constante do álbum processual aponta, livre de dúvidas, que entre os meses de novembro e dezembro de 2010, o réu, em várias oportunidades, praticou ato libidinoso com a vítima menor de 14 anos, configurado restou o delito de estupro de vulnerável, o que justifica sua condenação.

- Outrossim, conforme cediço, nos crimes contra os costumes, praticados não raro na clandestinidade, longe dos olhares de terceiros, os relatos coerentes da vítima ainda que esta seja menor de idade , endossados pela prova testemunhal, são elementos de convicção de alta importância suficientes para comprovar a prática do delito inserto no art. 217-A do Código Penal.

Dessa forma, não deve proceder o pleito de desclassificação do delito imputado ao apelante para a contravenção descrita no art. 65 da LCP, porquanto os atos praticados por ele não se resumiram ao simples ato de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, mas se dirigiram efetivamente para a prática de atos libidinosos.

DA TENTATIVA

Sustenta, o apelante que o delito narrado na exordial não chegou a consumir-se, por circunstância alheia à sua vontade, por isso, clama pela desclassificação do crime para a sua modalidade tentada.

A tese não se sustenta.

Isso porque, como cediço e dito, o delito de estupro de vulnerável, constitui em "Ter conjunção carnal **ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14** (catorze) anos (grifamos).

E, *in casu*, conforme se observa dos depoimentos e provas amealhadas ao longo da instrução criminal, Ricardo de Almeida, visando a satisfação de sua lascívia, agarrou, beijou e acariciou os seios da vítima, percorrendo, destarte, todo o *iter criminis* do delito de estupro de vulnerável e apenas cessou a violência após ter sido flagrado por um vizinho, quando o crime já havia se consumado.

6 TJPB - Acórdão do processo nº 20020110015035001 - Órgão (CAMARA CRIMINAL) - Relator DES. ARNOBIO ALVES TEODOSIO - j. em 06/09/2011

A jurisprudência é firme no sentido de que os impudicos atos praticados por Ricardo de Almeida Sales são suficientes para configurar o crime descrito no art. 217-A, do Código Penal. Confira-se⁷:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. DELITO CONSUMADO.

I. **A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.** Precedentes.

II. No caso dos autos, configurada está a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal destinados à satisfação da lascívia do acusado, consistentes em colocar a vítima forçosamente em seu colo e beijá-la no pescoço, além de beijar seus seios e tocar sua vagina, ainda que por sobre suas vestes.

Agravo regimental desprovido. (grifamos).

Outra⁸:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONSUMADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. FATOS INCONTROVERSOS NOS AUTOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

– Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

– **Encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça - STJ, o entendimento de que "o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso"** (ut, AgRg no REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 21/03/2012).

– **Impossibilidade de desclassificação do delito para a forma tentada, sob o argumento de menor lesividade da conduta, como procedeu o acórdão recorrido de modo contrário ao entendimento desta Corte Superior, não sendo o caso de reexame fático-probatório.** Agravo regimental desprovido. (grifamos).

7 (AgRg no AREsp 530.053/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015)

8 (AgRg no REsp 1339206/MT, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 13/03/2015)

Dessa forma, não há como afastar a prática da conduta prevista no artigo 217-A, devendo ser mantida a condenação lançada em primeiro grau de jurisdição, na forma consumada.

DA DOSIMETRIA

Quanto à dosimetria, nenhum reparo. A pena foi aplicada de maneira fundamentada, de acordo com os elementos de prova contidos nos autos e em estrita e fiel observância do critério trifásico, na forma dos arts. 59⁹ e 68¹⁰ do Código Penal.

Ademais, como restou consignado na sentença *a quo*, objeto deste recurso, a reprimenda foi aplicada no mínimo legal cominada ao tipo penal infringido, de modo que, mantida a condenação, nenhum ajuste dosimétrico, teria o condão de melhorar a situação do apelante.

DO REGIME

No que diz respeito ao regime, todavia, entendemos ser necessário um pequeno ajuste.

Isso porque, ao sentenciar, o juiz *a quo* fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Ocorre, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça¹¹ manifestou-se no sentido de que, afastada a vedação legal à progressão de regime, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º¹² da Lei 8.072/1990, deve ser aplicada a regra geral do artigo 33¹³ do Código Penal para a fixação do regime

9 CP - Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

10 CP - Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

11 (HC 114.470/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011)

12 Lei 8.072/1990 - Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

13 CP - Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o

de cumprimento de pena nos crimes hediondos e equiparados, em razão da ausência de dispositivo legal específico. *In verbis*:

CRIME CONTRA OS COSTUMES. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEMONSTRADA A CONDIÇÃO DO PÁTRIO PODER. MATÉRIA ACOMODADA NA PROVA.

Se os autos demonstram que o acusado aceitou o pátrio poder, inviável discutir-se, neste rito sumário, quanto à natureza da ação penal, no caso pública incondicionada, iniciada por atuação do ministério público. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA.

A via estreita de habeas corpus não é compatível com discussões que envolvam o exame do conjunto fático-probatório, estando aí a alegação de que o agente é inocente e não restou provado o cometimento do evento delituoso.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ATO OBSCENO. TENTATIVA DE ESTUPRO. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7.

O pedido de desclassificação da imputação de ato violento ao pudor para tentativa, ato obsceno ou, ainda, tentativa de estupro, no presente caso, reclama o revolvimento de prova, mostrando-se impróprio na via angusta do habeas corpus.

REGIME PRISIONAL. CRIME HEDIONDO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N.º 8.072/90. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. APLICABILIDADE. DISPOSIÇÃO DO ARTIGO 33 DO CP.

Diante da reconhecida inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, é possível se impor, para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, regime diverso do fechado, ante condenação por crime de atentado violento ao pudor, incidindo, pois, a inteligência do artigo 33 do Código Penal.

Ordem concedida em parte para fixar o regime inicial semiaberto. (grifamos) (*sic*).

De fato, consoante dispõe o verbete da Súmula n.º 718 do Supremo Tribunal Federal, a perspectiva do julgador, sobre a gravidade em abstrato do crime, por si só, não constitui motivação idônea para a imposição do regime para o cumprimento da pena. Vejamos:

STF - SÚMULA Nº 718 - A OPINIÃO DO JULGADOR SOBRE A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS SEVERO DO QUE O PERMITIDO SEGUNDO A PENA APLICADA.

A Doutrina¹⁴, por seu turno, enfatiza que:

início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

14 Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado. 2ª tiragem. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 319.

“A gravidade do crime, por si só, não é motivo para estabelecer o regime fechado. A eleição do regime inicial de cumprimento da pena obedece aos mesmos critérios do art. 59, conforme determinação expressa do art. 33”.

Observa-se, pois, que não é possível a fixação do regime inicial fechado como regra, apenas por se tratar de crime hediondo ou equiparado. De fato, admite-se o regime inicial fechado, desde que a decisão que o determinar seja devidamente fundamentada, levando em consideração as circunstâncias judiciais do caso concreto, conforme o preceito do artigo 59 do Código Penal.

É o que se extrai da Súmula nº 719 do Supremo Tribunal Federal.

In verbis:

STF - SÚMULA Nº 719 - A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS SEVERO DO QUE A PENA APLICADA PERMITIR EXIGE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

Na hipótese em exame, observa-se que o apelante, não ostenta outras anotações em sua folha de antecedentes, o que, inclusive, foi registrado na sentença. Além disso, as circunstâncias judiciais, em sua maioria, foram avaliadas positivamente, razão pela qual, registre-se, a pena fora fixada no mínimo legal.

Assim, à luz do artigo 33, § 2º, alínea “b”, e § 3º¹⁵, do Código Penal, o recorrente, condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, faz jus a que seja fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Não preenchidos os requisitos dos artigos 44, inciso I¹⁶ do Código Penal, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

15 CP - Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

(...);

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...);

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

(...);

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

16 CP - Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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 culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Os pressupostos do art. 77¹⁷ do Código Penal, também não restaram satisfeitos. Não há pois se falar em suspensão condicional da pena.

DO DISPOSITIVO

Ante ao exposto, de ofício, porque não pleiteado pela defesa, dou parcial provimento à apelação, apenas para, fixar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena, mantendo, quanto ao mais, o r. *decisum* objurgado.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Joás de Brito Pereira Filho, decano no exercício da Presidência da Câmara Criminal. Participaram do julgamento, além do relator, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Silvio Ramalho Júnior, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Martins Beltrão Filho, revisor, e Márcio Murilo da Cunha Ramos.

Presente à sessão Francisco Sagres Macedo Vieira, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Câmara Criminal “Des. Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 22 de setembro de 2015.

Desembargador Luiz Silvio Ramalho Júnior
Relator

17 CP - Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)