



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete Des. Carlos Martins Beltrão Filho

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0001474-35.2014.815.2002 – 7ª Vara Criminal da Comarca da Capital

RELATOR: Desembargador Carlos Martins Beltrão Filho

APELANTE: Daniel Leandro Moreira

ADVOGADOS: José Jerônimo de Barros Ribeiro (OAB/PB 7.973) e Lucrécia Formiga Bandeira (OAB/PB 7.879)

APELADA: Justiça Pública

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DO IDOSO. LEI N.º 10.741/2003. APROPRIAÇÃO DE PROVENTOS (ART. 102). CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE INDIVIDUAIS. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS E DOCUMENTOS COLACIONADOS AO CADERNO PROCESSUAL. REDUÇÃO DA PENA BASE. APLICAÇÃO. CRIME CONTINUADO. ALTERAÇÃO EFETUADA. PRECEDENTES DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Acervo probatório que demonstra que o acusado se apropriou dos proventos de uma pessoa idosa, de quem adquiriu confiança, dando aplicação diversa de sua finalidade ao numerário obtido.

2. Apesar de terem sido apontadas cinco circunstâncias judiciais negativas, a reprimenda, estabelecida pelo Juiz *a quo*, foi exacerbada, até porque ficou muito próxima do máximo legal permitido. Dessa forma, atendendo aos parâmetros legais, deve ser fixada a redução é medida que se impõe.

3. Conforme orientação do STJ, cuja jurisprudência é pacífica no sentido de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações.

4. Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando a reprimenda fixada é superior a 4 (quatro) anos.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, acima identificados,

ACORDA a Egrégia Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à unanimidade, em **dar provimento parcial** ao recurso, determinando-se também a expedição de mandado de prisão.

RELATÓRIO

Perante a 7ª Vara Criminal da Comarca da Capital, Daniel Leandro Moreira foi denunciado como incurso nas sanções do art. 171 do CP c/c art. 102 da Lei nº 10.741/2003, pelos fatos a seguir narrados:

*“Depreende-se do inquérito policial anexo que, desde o dia 08 de agosto de 2008, no Cartório Travassos, sito à Rua Rodrigues de Aquino, 59, bairro Centro, nesta Capital, fora lavrada Procuração Pública onde a outorgante, ora vítima, **MARIA FERNANDES DE OLIVEIRA**, concedeu amplos e ilimitados poderes, isentando o outorgado, ora denunciado, **DANIEL LEANDRO MOREIRA**, de prestações de contas, o qual obteve para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.*

Exsurge do caderno investigativo que o indigitado é taxista e, à época supramencionada, frequentemente realizava as corridas de táxi para a ofendida, vindo a adquirir sua total confiança, ao passo que a induzindo a fazer acordo verbal com o mesmo, no qual este se tornaria a pessoa exclusiva a prestar tais serviços à vítima, que, por vez, morava sozinha e já tinha idade avançada.

Ocorre que, assim que ganhou a confiança da anciã o increpado indicou-lhe que fizessem uma Procuração Pública, onde ela concederia amplos e ilimitados poderes para o acoimado, inclusive preservando-o, isentando-o de prestar-lhe contas, para que ele resolvesse suas questões financeiras, bem como, proibiu a presença de seus familiares e vizinhos no interior do seu lar.

Assim sendo, de posse de tal documento, o indigitado contratou cuidadoras para acompanharem a idosa em tempos alternados, as quais, em depoimentos, verberaram o quadro em que a encontraram, totalmente abandonada, vivendo em condições de extrema precariedade, sem alimentação e tratamentos de higiene e bem estar adequados.

Narram os autos que o increpado, com a posse da multicitada Procuração passou a gerir os benefícios, pensão e aposentadoria, inclusive há registro de empréstimo, consoante fls.68, da vítima, e ainda, há relatos que este vendeu toda a mobília da residência daquela.

Ocorre que, em contrapartida, o indigitado, ao iniciar seus serviços profissionais (taxista) à ofendida era proprietário de um único veículo da marca Ford, cor branca, porém após ser nomeado Procurador desta, adquiriu uma

praça e mais dois veículos, um deles, marca/modelo Chevrolet/Agile LTZ, em nome de sua companheira, Josefa Marta.

Destarte, a materialidade da prática delitativa resta comprovada mediante relatos acostados aos autos (fls. 33/34, 35/37 38/39) e o próprio instrumento de Procuração (fls.25). A autoria delitiva, por sua vez, aponta em direção ao indigitado.” (fls. 02/03)

Aditamento à denúncia (fls. 88/89), para acrescentar o crime previsto no art. 106 da Lei nº 10.741/2003 e a forma continuada (art. 71 do CP), além de retirar o crime descrito no art. 171, *caput*, do Código Penal.

Denúncia e aditamento recebidos em 19 de maio de 2014 (fl. 90)

Ultimada a instrução criminal, o juiz *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para absolver o réu Daniel Leandro Moreira, nas sanções do art. 106 da Lei nº 10.741/2003, ao tempo em que, condenou-o nas penas do art. 102 da mencionada norma c/c art. 71 do Código Penal, aplicando a reprimenda da seguinte maneira (fls. 225/232):

Após análise das circunstâncias judiciais, fixou a pena base em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, tornadas definitivas ante a inexistência de circunstâncias atenuantes e/ou agravantes e ainda de causas de diminuição ou aumento de pena.

- Do crime continuado:

Tratando-se de crime continuado, tendo em vista que foram praticados 6 (seis) crimes de apropriação de proventos da idosa, aumentou a reprimenda em 2/3, totalizando uma pena de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida, em regime inicial semiaberto, e 100 (cem) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Irresignado com o decisório adverso, o acusado recorreu a esta Superior Instância, requerendo sua absolvição, alegando ausência de provas e, alternativamente, redução da pena e que sejam considerados os requisitos do art. 44 do Código Penal (fls. 245/258)

Ofertadas as contrarrazões ministeriais (fls. 262/268), seguiram os autos, já nesta Instância, à Procuradoria de Justiça, que, em parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 272/275).

É o relatório.

VOTO

A pretensão recursal consubstancia-se na contrariedade à sentença condenatória proferida pelo magistrado singular, objetivando a absolvição do réu, por entender que não há provas a ensejar a condenação e, alternativamente, para que a pena seja reduzida e para que sejam considerados os requisitos do art. 44 do Código Penal.

1. DO PLEITO ABSOLUTÓRIO:

De início, adianto que a inconformidade não merece prosperar, devendo ser mantida a condenação de primeiro grau, pelos argumentos a seguir expostos.

O recorrente Daniel Leandro Moreira foi condenado pela prática do delito contido no art. 102 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), todos em prejuízo da vítima idosa Maria Fernandes de Oliveira, de 90 anos de idade.

A propósito, dispõe o citado dispositivo:

“Art. 102. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.”

Nesta oportunidade, a defesa persegue a absolvição do acusado por entender que não restou demonstrada a materialidade do crime ora discutido, vez que as instituições financeiras não apresentaram documentos que comprometessem o apelante.

Tanto a materialidade quanto a autoria restaram devidamente demonstradas por meio dos documentos acostados ao caderno processual, em especial a procuração pública (fls. 29/30), ficha financeira (fl. 52), extratos bancários (fl. 160), além dos depoimentos testemunhais.

Nesse contexto, peço vênia para reproduzir os depoimentos colhidos em Juízo, cuja transcrição foi feita pelo Promotor de Justiça nas contrarrazões, fls. 263/266 :

“Edcleide Morais Bulcão afirmou em Juízo o seguinte (mídia à fl.115): Que conhecia o acusado Daniel Leandro Moreira e a vítima Maria Fernandes de Oliveira, porque esta morava na mesma rua; que o réu trabalhava para a idosa e que a mesma raramente era visitada pelos entes familiares; que Daniel contratou-lhe para ser acompanhante noturna da idosa, lá ficando durante aproximadamente um ano e meio; que a idosa possuía por volta de 90 anos de idade; que o acusado pagava-lhe 40 reais por dia para a prestação do serviço; que sabe dizer que o dinheiro era de D. Maria, embora o réu que efetuasse o pagamento; que a idosa era aposentada e recebia pensão do marido; que o acoimado que movimentava as contas bancárias e comprava os mantimentos para a residência, inclusive medicamentos; que Daniel também pagava a outras funcionárias com o dinheiro da idosa; que a vítima só era acompanhada pelo geriatra; que nem sempre o acusado zelava pelo bem-estar da vítima, posto que, na hora da necessidade, ele não estava presente; que a idosa tinha alimentação precária; que lhe disseram que a vítima recebia a importância de R\$ 3.500,00, o que se mostra inverdade, já que R\$ 1.000,00 era descontado de Unimed e R\$ 400,00 para cada cuidadora, das 3 contratadas, além de haver gastos com outras despesas, como água, luz e medicamentos, tomando-se incompatível com as condições precárias vivenciadas pela vítima.”

Maria Maternita Lima Medeiros dos Santos disse em Juízo o seguinte (mídia à fl. 115): "Que conhecia o acusado de vista (da rua); que conhecia a vítima de muito tempo (30 anos); que não sabe dizer como o acoimado aproximou-se da idosa; que D. Maria era aposentada e pensionista; que a idosa apenas saía de casa com Daniel e que vivia com as portas fechadas de sua residência; que a vítima tinha algumas cuidadoras e, apesar disso, tinha vida indigna, com acomodações insalubres; que não sabe dizer de onde Daniel tirou dinheiro para adquirir mais dois veículos; que o acusado passou a fazer a cabeça da idosa para assinar uma procuração outorgando-lhe poderes; que o acusado se dizia namorado da vítima, mesmo sendo casado; que ninguém na rua gosta dele; que todos comentam sobre a exploração financeira praticada pelo acusado em face da idosa; que tem conhecimento de que a vítima já sofreu várias quedas no banheiro e só sobreviveu por conta da vontade de Deus; que sabe dizer que o acusado ligou para a irmã da idosa pedindo-lhe que enviasse uma procuração com amplo poderes, para vender a casa e colocar a vítima em um asilo e que, em virtude desse fato, a sobrinha da idosa, de Brasília, veio para João Pessoa, com a finalidade de verificar as condições sob as quais vivia a idosa."

Luiza Fernandes de Oliveira Neta afirmou em Juízo o seguinte (mídia à fl. 146): "Que estava em Brasília e o acoimado Daniel ligou para sua mãe, pedindo que ela fizesse uma procuração para que o acusado pudesse vender uma casa de sua tia Maria Fernandes; que devido a isso, sua mãe encarregou a declarante de ir à cidade de João Pessoa verificar o que estava ocorrendo; que ao chegar nesta capital, o acoimado Daniel estava na casa de sua tia e não permitiu que a declarante entrasse na casa, oportunidade na qual a declarante procurou o Ministério Público para informar a situação, sendo o acoimado ouvido e, conseqüentemente, permitiu que a declarante entrasse na casa; que a declarante entrou na casa e não saiu mais; que disse ao acoimado que iria tomar conta dela, momento este em que o acoimado deixou de pagar as contas de água e energia da casa da vítima; que a vítima estava com a saúde muito precária, e inclusive ficou sabendo que a vítima tinha câncer, mas o acoimado não levou a vítima para fazer tratamento; que conversou com a vítima para saber se ela estava sofrendo maus-tratos, sendo que a vítima não estava plenamente lúcida, e disse que o acoimado era seu amor; que inicialmente o acoimado fazia serviços para a vítima, transportando-a. Afirmou que foi ao Cartório para constatar se realmente existia uma procuração, e, de fato, existiam duas procurações, uma delas era renovada de ano em ano, e tinha em anexo um atestado médico dizendo que a vítima estava lúcida; que ao conversar com sua tia (vítima), percebeu que ela não estava lúcida; que o acusado, com uma das procurações, sacava os benefícios da vítima, que era aposentada e pensionista e que recebia em torno de R\$ 6.824,00 (seis mil oitocentos e vinte e quatro reais), valor esse sacado pelo acoimado; que em nome da vítima o increpado comprou um carro, fez empréstimos, fez um crédito de construção; que quando chegou na casa da vítima a água e energia foram cortadas e a alimentação era precária e que a vítima tinha trombose, mas

não estava tomando o medicamento para tal doença; que a situação da casa era precária, apesar de estar limpa, inclusive a vítima tomava banho em uma cadeira de madeira; que sua tia (vítima) tinha vários hematomas; que sua tia tinha 90 anos e faleceu no dia 30 de janeiro de 2014; que o acoidado pagava o plano de saúde da vítima na Unimed, mas só levava a vítima para consulta quando ela estava muito doente".

Como visto, o apelante era o único responsável pela movimentação bancária da vítima, que tinha uma condição de vida incompatível com seus rendimentos, vez que consta dos autos que, no ano de 2013, ela recebia uma pensão de R\$ 4.203,00 (quatro mil, duzentos e três) reais, conforme se vê às fls. 52 e uma aposentadoria de R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais).

Há que se observar ainda que, de acordo com informações prestadas pelo Banco do Brasil às fls. 219/220, foram contraídos vários empréstimos em nome da vítima, a senhora Maria Fernandes de Oliveira, dos quais, somente na contratação de um deles, ela estava presente. Além do mais, não existem provas de que o dinheiro tomado com empréstimo foi revertido em benefício da idosa.

No tocante a esse aspecto, não constitui demasia reproduzir parte da sentença. Vejamos:

Através dos extratos da conta corrente da vítima (mídia de fls. 160), constatou-se que em 03/10/08 foi contraído um empréstimo no valor de 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), decorridos 07 (sete) dias, em 10/10/2008, outro no valor de R\$ 800.00 (oitocentos reais). Passados sete meses, em 26/05/2009, mais um empréstimo no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais). No ano seguinte, em 01/06/2010, outro no valor de R\$ 4.000.00 (quatro mil reais). Com mais nove meses, em 10/03/2011, outro no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Findando o último em 17/01/2013 no valor de R\$ 2.151,60 (dois mil cento e cinquenta e um mil reais e sessenta centavos). Totalizando o valor de R\$ 31.451.60 (trinta e um mil, quatrocentos e cinquenta e um reais e sessenta centavos). Destes, o único, segundo o ofício do Banco do Brasil de fls. 220, foi contraído pela vítima, pessoalmente, em 10/03/2011, quando a mesma já possuía cerca de 88 anos. (fl. 229)

Ora, a conduta de apropriar-se de bens e proventos de idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade, é fato que se subsume ao delito previsto no artigo 102 da Lei nº 10.741/03.

Assim, não há que se falar em absolvição.

Sobre o assunto, colaciono as seguintes jurisprudências:

56077461 - APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO DE RENDIMENTOS DO IDOSO (ART. 102 DA LEI Nº 10.741/2003). AGENTE QUE REALIZA EMPRÉSTIMOS EM NOME DE PESSOA IDOSA, PARA SEREM ADIMPLIDOS COM OS VALORES REFERENTES AO SEUS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. OBJETO DO MÚTUO QUE NÃO REVERTE EM BENEFÍCIO DO IDOSO. PROVA SUFICIENTE. PALAVRA DA VÍTIMA.

CONDENAÇÃO QUE SE MANTÉM DESPROVIMENTO. Comete o crime de apropriação de rendimentos do idoso (art. 102 do estatuto do idoso) aquele que, de posse do cartão magnético e senha da conta bancária da vítima, contrai empréstimo em proveito próprio, a ser adimplido com valores decorrentes dos proventos de aposentadoria do idoso. (TJPB; APL 0111556-04.2012.815.2003; Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. João Benedito da Silva; DJPB 24/07/2015; Pág. 33)

94338636 - APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA IDOSA. PRELIMINAR DEFENSIVA. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM ABSTRATO. INOCORRÊNCIA. DECURSO DE PRAZO ENTRE A DATA DOS FATOS E DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADO. REJEIÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. INSURGÊNCIA QUANTO À ABSOLVIÇÃO DO CRIME DO ART. 99 DA LEI Nº 10.741/2003. PLEITO CONDENATÓRIO. CABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. PROVA QUE REVELA QUE O AGENTE AGIU COM VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE PROVOCAR SITUAÇÃO DE RELEVANTE RISCO À VÍTIMA, CARACTERIZANDO O DOLO DE PERIGO. CONDENAÇÃO. QUANTUM DE PENA CONCRETIZADA EM PATAMAR INFERIOR A 1 ANO. DECURSO DE PRAZO SUPERIOR A 2 ANOS EXIGIDOS PELO INCISO VI DO ART. 109 DO CPB CONSTATADO ENTRE A DATA DO FATO E A DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DECLARADA. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APROPRIAÇÃO DE DINHEIRO DA VÍTIMA. APLICAÇÃO DIVERSA DA FINALIDADE COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. DECOTE DAS AGRAVANTES DAS ALÍNEAS "E" E "H". NECESSIDADE. PENA DE MULTA IMPOSTA DE FORMA DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO NÃO PROVIDO. Não se constatando, pela pena abstrata, ter decorrido o prazo necessário para a declaração da prescrição pela extinção da punibilidade, deve ser rejeitada a preliminar defensiva. Havendo provas robustas e harmoniosas a demonstrar que o réu, de forma consciente, expôs a perigo a integridade e a saúde física e psíquica da ofendida idosa, deixando-a a condições degradantes e privando-a de alimentos, quando era obrigado a fazê-lo, sua condenação pelo crime do art. 99 da Lei nº 10.741/2003 é imperiosa. Concretizada a pena do art. 99 do Estatuto do Idoso em 8 (oito) meses de detenção, e transcorrido decurso de tempo superior a 2 (dois) anos entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, deve ser declarada extinta a punibilidade pela prescrição. Recurso ministerial provido. O agente que se apropria e desvia proventos e outros numerários pertencentes à vítima idosa, dando-lhes destinação diversa da finalidade, incorre no crime do art. 102 do Estatuto do Idoso. Nos crimes praticados contra idoso deve-se evitar a consideração negativa da agravante prevista na alínea "h" do art. 61 do CPB e, sendo o réu neto da vítima, a contida na letra "e" do mesmo artigo, para não se incorrer em bis in idem. A pena de multa deve ser fixada em obediência ao princípio da

proporcionalidade com a privativa de liberdade e merece ser, de ofício, reduzida quanto se revelar exacerbada. Recurso defensivo desprovido. (TJMG; APCR 1.0024.06.110861-9/001; Rel. Des. Nelson Missias de Moraes; Julg. 26/09/2013; DJEMG 07/10/2013)

2. DA REDUÇÃO DA PENA:

Em concreto, a pena base imposta ao acusado foi de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão de 60 (sessenta) dias-multa.

O Código Penal adotou o sistema da relativa determinação da pena, ou seja, a individualização é estabelecida pelo sistema legislativo, a quem incumbe estabelecer, em termos abstratos, os limites e as diretrizes em que se situa a pena (mínimo e máximo cominado em abstrato, balizamentos de cada fase do sistema trifásico), sendo complementada pela atividade judicial, ou seja, cabe ao juiz, observando seus limites previamente impostos, fixá-la discricionariamente.

Como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante, o Magistrado considerou a culpabilidade, personalidade, motivos do crime, circunstâncias e consequências.

Registro ainda que o delito tipificado no art. 102 da Lei nº 10.741/2003 possui pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Assim, considerando que são 08 (oito) as circunstâncias judiciais e que a pena média (diferença que resulta da subtração da pena máxima pela mínima cominada em abstrato), para o crime, é de 3 (três) anos, cada circunstância do artigo 59, CP, poderia elevar a pena base em até 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias, o que corresponde a 1/8 (um oitavo) sobre a pena média.

No caso em concreto, apesar de terem sido apontadas 5 (cinco) circunstâncias judiciais negativas, a reprimenda, estabelecida pelo Juiz *a quo*, foi exacerbada, até porque ficou muito próxima do máximo legal permitido. **Dessa forma, atendendo aos parâmetros legais, deve ser fixada em 2 (dois) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa.**

De igual forma, em relação ao crime continuado, há outra modificação a ser efetuada.

Considerando a ocorrência de seis crimes de apropriação de proventos, em continuidade delitiva, como destacou o Magistrado de 1º grau, faz-se necessário proceder a alteração da dosimetria, aplicando as regras definidas no art. 71 do CP, no patamar de 1/2 (metade), conforme orientação do STJ, cuja jurisprudência é pacífica no sentido de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Vejamos:

84007830 - HABEAS CORPUS. ART. 171 C. C. ART.71, DO CÓDIGO PENAL. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INCREMENTO JUSTIFICADO. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. (3) CONFISSÃO PARCIAL NÃO CONSIDERADA NA CONDENAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. (4) CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. (5) PENA DEFINITIVA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. (6) SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO. INVIABILIDADE. (7) MALFERIMENTO AO ART. 400 DO CPP. INOCORRÊNCIA. INTERROGATÓRIO DA RÉ REALIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.719/08. REPETIÇÃO DESNECESSÁRIA. LEI PROCESSUAL PENAL NOVA. APLICAÇÃO IMEDIATA. TEMPUS REGIT ACTUM. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. (8) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. (...). 4. É pacífica a jurisprudência deste sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. (...) (STJ; HC 283.720; Proc. 2013/0396878-0; RN; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE26/08/2014)

Assim sendo, como foi considerada a prática de 6 (seis) infrações em continuidade delitiva, a fração de aumento é de 1/2 (metade), de forma que a pena definitiva passa a ser de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, e 60 dias-multa.

3. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

A reprimenda definitiva aplicada ao acusado é superior a 4 (quatro) anos. Assim, é impossível a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, basta vislumbrar os termos do art. 44 do Código Penal. Observemos:

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.

Nesse direcionamento, cito precedentes jurisprudenciais:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SENTENÇA. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. APELO DEFENSIVO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USUÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME E HARMÔNICO. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMA. CORREÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SEM ALTERAÇÃO DO QUANTUM. MANUTENÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO ENCARTADO NO INCISO I DO ARTIGO 44 DO CP. APELO DESPROVIDO. [...]. Haja vista a exigência de concomitância, não preenchendo o réu um dos requisitos do artigo 44 do Código Penal resta incabível a aplicação em seu favor da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00028167420138150981, Câmara Especializada Criminal, Relator DES JOAO BENEDITO DA SILVA , j. em 10-02-2015)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL SESSÃO DO DIA 07 DE ABRIL DE 2015 APELAÇÃO CRIMINAL N.º 013506/2013 - SÃO LUÍS NÚMERAÇÃO ÚNICA: 0021020-26.2002.8.10.0001 APELANTE: Geovanne Silva Ribeiro DEFENSOR DATIVO: Humberto Sérgio Belisário Mota APELADO: Ministério Público Estadual PROMOTORA: Lize de Maria Brandão de Sá Costa RELATOR: DESEMBARGADOR MARCELINO CHAVES EVERTON E M E N T A APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, § 2º, I E II DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. DECOTE DA QUALIFICADORA RELATIVA AO USO DE ARMA. EXAME PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. INVIABILIDADE DO PLEITO. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVAÇÃO DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. APELO IMPROVIDO. I - Se devidamente fundamentada não merece ser reformada a dosimetria da pena aplicada por ocasião da sentença. II - Esta Câmara já se posicionou, em casos semelhantes, decidindo que o laudo pericial é dispensável diante da palavra da vítima que ateste a utilização da arma na empreitada criminosa, servindo como meio de prova apta a ensejar a aplicação da causa de aumento relativa ao emprego de arma, não eximindo o acusado da pena que lhe foi imposta. III - Descabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que a pena fixada foi maior que 4 (quatro) anos (art. 44, I, CP). IV - Recurso improvido.

Desembargador MARCELINO CHAVES EVERTON Relator
(TJ-MA - APL: 0135062013 MA 0021020-26.2002.8.10.0001,
Relator: MARCELINO CHAVES EVERTON, Data de
Julgamento: 07/04/2015, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL,
Data de Publicação: 13/04/2015)

4. CONCLUSÃO:

Ante o exposto, **dou provimento parcial** ao recurso, para modificar a pena definitiva para 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 22 (sete) dias de reclusão, e 60 dias-multa. Mantido o sistema semiaberto.

É o meu voto.

Presidiu o julgamento, com voto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos, Presidente da Câmara Criminal, e revisor. dele participando, além de mim, Relator, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Joás de Brito Pereira Filho.

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor Doutor Francisco Sagres Macedo Vieira, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões “Des. Manoel Taigy de Queiroz Melo Filho” da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, aos 6 (seis) dias de setembro do ano de 2016.

João Pessoa, 8 de setembro de 2016.

Des. Carlos Martins Beltrão Filho
Relator