



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DO DES. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000351-02.2016.815.0201 - 1ª Vara da Comarca de Ingá/PB

RELATOR: Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos.

APELANTE: José Marcos Barbosa Pinheiro

ADVOGADO: Josevaldo Alves de Andrade Segundo

APELADA: Justiça Pública

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DE CONJUNÇÃO CARNAL. CONDUTA DESCRITA NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CRIME COMETIDO CONTRA AS FILHAS MENORES DE 14 ANOS. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. 1. DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO À UMA DAS VÍTIMAS POR DEFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. PALAVRA DA IRMÃ (SEGUNDA VÍTIMA) CONFIRMADA EM JUÍZO FIRMES E COERENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. 2. DA DIMINUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS (PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA EM SEGUNDA FASE DA REPRIMENDA. *QUANTUM* MANTIDO 3. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DETRAÇÃO PENAL. NÃO APLICAÇÃO. INSTITUTO CABÍVEL, NO JUÍZO CONDENATÓRIO, APENAS PARA ADEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL DE PENA. *QUANTUM* DA PRISÃO PREVENTIVA QUE NÃO ALTERA O REGIME FECHADO JÁ FIXADO. DESNECESSIDADE DE SE FALAR EM DETRAÇÃO NA FASE DE CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. DESPROVIMENTO.

- Comete o crime de estupro de vulnerável o agente que pratica ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de 11 anos, incidindo nas penas do artigo 217-A do Código Penal.

- A alegação do recorrente de que não há provas contundentes em relação à uma de suas filhas não prospera, pois, apesar desta vítima não ter confirmado, em juízo, o depoimento prestado na esfera policial, as palavras da irmã, segunda vítima, são firmes e coerentes, confirmando, inclusive, que o réu também praticava o delito contra a primeira. Ademais, havendo notícias de que o réu é bastante violento com seus filhos, associado à riqueza de detalhes colhidos pelas vítimas, são elementos de convicção de alta importância suficientes para comprovar a prática delitiva.

- Verificado a existência de circunstâncias judiciais negativas e aptas a embasar a fixação da pena base acima do mínimo, bem como a existência de fundamentação concreta, não há ilegalidade no quantum do decreto condenatório.

- No caso dos autos, foi aplicado o regime inicial fechado, sendo que o tempo de prisão preventiva do réu (menos de um ano) não é hábil a modificar o regime para um mais ameno, razão por que, neste momento, não há que se falar em detração da pena.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS os presentes autos acima identificados.

ACORDA a Egrégia Câmara Criminal do Colendo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao apelo, nos termos do voto relator e em harmonia com o parecer. Fez sustentação oral o Adv. Josevaldo Alves de Andrade Segundo.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por José Marcos Barbosa Pinheiro em face da sentença condenatória de fls. 261/266 proferida pela magistrada Rafaela Pereira Toni Coutinho, que condenou o réu à pena de 34 (trinta e quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no artigo 217-A do Código Penal.

Ao réu, foi negado o direito de recorrer em liberdade.

Em suas razões expostas às fls. 272/278, o recorrente pleiteia sua absolvição em relação ao suposto crime cometido contra a menor Raquel da Silva Barbosa por ausência de provas. Em relação ao crime cometido contra a menor Débora da Silva Barbosa, requer a redução da pena-base para o mínimo legal, bem como o afastamento da reincidência indevidamente aplicada, eis que o réu já cumpriu a pena referente ao crime de assalto, ora condenado nos autos da ação penal nº 239-55.2003.815.1390. Ao final, requer, também, que seja aplicada a detração da pena pelo período em que o acusado esteve preso provisoriamente.

Em contrarrazões às fls. 280/288, o representante ministerial pugna pelo desprovimento do recurso, mantendo-se *in totum* a sentença recorrida.

Instada a se manifestar, o douto Procurador de Justiça, em parecer de fls. 194/302, opinou pelo desprovimento do recurso apelatório, mantendo-se integralmente a sentença de primeiro grau.

É o relatório.

VOTO:

Conheço o recurso apelatório, eis que presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos para a admissibilidade.

De acordo com o que consta nos autos, narra a denúncia que o apelante abusava sexualmente das suas filhas Raquel da Silva Barbosa e Débora da Silva Barbosa.

Segundo a menor Raquel, seu genitor praticava atos libidinosos e assédio com ela desde os seus 08 anos de idade, aproveitando-se nas ocasiões em que viajava sozinho com ela, obrigando-a a dormir nua com ele, chegando algumas vezes a tentar colocar seu órgão genital na vagina da filha.

Por sua vez, a adolescente Débora informou também que foi vítima de abusos por parte do acusado, o qual, em diversas ocasiões, obrigou a menor a deitar-se ao seu lado na cama para poder acariciar o seu corpo.

Feita as breves considerações, passo à análise das razões recursais.

DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO PRATICADO CONTRA A MENOR RAQUEL:

O apelante requer a sua absolvição em relação ao crime praticado contra a menor Raquel da Silva Barbosa, alegando inexistir provas suficientes que justifiquem a respectiva sentença condenatória, tendo em vista que a supracitada adolescente negou, em juízo, qualquer prática de abuso ou ato libidinoso por parte do seu genitor.

De acordo com a nossa doutrina majoritária, o nosso direito processual civil brasileiro adotou o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, em que os sistemas de valoração das provas correspondem aos métodos em que o juiz atribui um valor específico para cada prova, a fim de formar um convencimento acerca dos fatos litigiosos constantes dos autos.

Sendo assim, de acordo com o respectivo princípio processual, é permitido que o magistrado atribua livremente às respectivas provas produzidas ao longo dos autos o valor que entender como o mais correto e concreto de acordo com o caso em comento, sem a necessidade de apreciar qualquer elemento que vincule o seu entendimento, sendo efetuado apenas a fundamentação de sua decisão, conforme preconiza o art. 131 do CPC:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Nesse mesmo entender, já decidiu o STJ:

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ART. 131 DO CPC.

O princípio do livre convencimento motivado garante ao magistrado a desvinculação de critérios probatórios apriorísticos ou hierarquia entre provas.

(...)

(REsp 600.075/RJ, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 327)

Ao fundamentar sua decisão, a magistrada assim pontuou:

“(…)

Embora a vítima Raquel tenha negado em juízo os fatos narrados perante a autoridade policial, a adolescente Débora confirmou, durante a instrução processual, a veracidade dos fatos, narrando os atos libidinosos praticados pelo acusado, como carícias nos seios, nádegas e partes íntimas e registrando que os abusos também eram praticados contra sua irmã. (...)

A versão apresentada pela adolescente foi corroborada, ainda, pelos depoimentos das Conselheiras Tutelares Francisca de Freitas Candido, que acompanhou a oitiva das vítimas na fase inquisitorial, e Ionadja de Lima Araújo, as quais confirmaram terem presenciado as menores relatarem os abusos sofridos, conforme mídia acostada às fls. 169.

(...)

Importante destacar que o fato de a adolescente Raquel, o menor Samuel e a genitora Ana Paula terem negado os fatos em juízo é perfeitamente compreensível, já que, pelo relato das vítimas e das conselheiras tutelares, o acusado é uma pessoa bastante violenta e todos da família parecem temê-lo.

Ademais, durante o depoimento dos menores Raquel e Samuel, restou clarividente que estavam alienados e que foram orientados a prestar as declarações, pois utilizaram linguagem imprópria para uma criança. Ademais, os documentos de fls. 156 e 157 comprovam tal assertiva, demonstrando que o acusado tentou de todas as formas influenciar o depoimento das vítimas e constrangê-las a não falarem a verdade em juízo.

(...)”

De fato, da análise pormenorizada do conjunto probatório, verifica-se, de forma indubitável, que o denunciado, ora recorrente, durante vários anos, constrangeu as vítimas menores de idade Raquel da Silva Barbosa e Debora da Silva Barbosa. Basta observar os depoimentos das vítimas, revelando que tudo ocorreu em um mesmo contexto fático (semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução e outras), o que demonstra, ainda, a plena certeza e convicção nas alegações das vítimas, apresentando harmonia em seus argumentos, informando, inclusive, detalhes acerca dos fatos.

Ademais, sabe-se que, em se tratando, neste caso, de crime envolvendo a liberdade sexual, que muitas vezes são realizados na clandestinidade, longe dos olhares de terceiros, as declarações das vítimas possuem grande relevo, constituindo-se, portanto, um grande elemento de convicção no que pertine à apuração de crimes desta natureza. Assim, quando demonstrado coerência nas alegações e respaldo no elemento probatório, gozam de presunção de veracidade, sendo, portanto, de extrema importância para comprovar a prática do delito descrito no art. 217-A do Código Penal.

Corroborando o respectivo entendimento, segue a jurisprudência no STJ:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. SUBSUNÇÃO DO FATO AO TIPO DESCRITO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS DELITOS SEXUAIS.** (...)

1. A conduta imputada ao recorrente se coaduna com a figura típica descrita no art. 217-A do Código Penal, estando a autoria e a materialidade delitiva evidenciadas nos autos, mesmo que não comprovada por laudo pericial a existência de qualquer vestígio de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

2. Em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, a palavra da vítima assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos de prova dos autos, como no caso, em que é reforçada pelas declarações prestadas pelas demais testemunhas de acusação.

3. Na expressão "ato libidinoso" estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente. Com base no contexto descrito no decreto condenatório, a conduta do réu não pode ser confundida com uma simples importunação ofensiva ao pudor, tratando-se de efetivo contato corpóreo e lascivo, com o propósito único de satisfação de seu desejo sexual.

(...)

(AgRg no AREsp 711.125/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 06/10/2015) (grifei e sublinhei)

Nesse contexto, verifico que a conduta imputada pela acusação ao recorrente se coaduna com a tipificada no art. 217-A do Código Penal, mesmo que inexistia laudo pericial que comprove a ocorrência de qualquer possível ato libidinoso diverso de conjunção carnal contra a menor Raquel da Silva Barbosa.

Destaque-se, ainda, que na expressão “atos libidinosos” estão contidos os respectivos atos de natureza sexual diversos de conjunção carnal, sobretudo que tenham a finalidade de satisfazer a libido do próprio agente.

Nesse sentido, temos a seguinte jurisprudência:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO CONTRA MENOR. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. NATUREZA ABSOLUTA. ART. 217-A DO CP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. **Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor.** Jurisprudência do STJ. 2. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 1244672 MG 2011/0047026-8, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Data de Julgamento: 21/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2013) - grifo nosso.

No caso *in comento*, percebe-se que o réu, na intenção de satisfazer unicamente a sua lascívia, apalpava as partes íntimas de ambas as vítimas e colocou seu órgão genital em contato com o órgão genital de uma delas, qual seja, a menor Raquel da Silva Barbosa, praticando assim, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, configurando, desse modo, o delito de estupro de vulnerável por duas vezes.

Logo, impossível a pretendida absolvição do apelante nesse caso.

DO REQUERIMENTO ACERCA DA DIMINUIÇÃO DA PENA:

Em suas razões, o apelante requer ainda a redução da pena para o mínimo legal, vez que alega inexistir provas de que o mesmo possui a personalidade violenta, além de que não se deve incidir a agravante de reincidência por já ter cumprido a pena aplicada.

Analisando o teor da sentença de fls. 261/266, verifico que a MM Juíza de Direito da 1ª Vara Mista da Comarca de Ingá, ao aplicar a pena em 34 anos e 06 meses de reclusão, justificou adequadamente cada uma das circunstâncias judiciais citadas no art. 59 do Código Penal da seguinte forma:

“Analisadas as diretrizes do art. 59 do Código Penal, observo que o réu agiu com **culpabilidade** normal à espécie. Não registra **maus antecedentes**. Poucos elementos foram coletados sobre sua **conduta social**. **A personalidade é violenta, conforme relatos das testemunhas**. O **motivo** é próprio do delito. As **circunstâncias** do crime são graves, visto que o acusado praticou os abusos contra as vítimas durante vários anos. O delito trouxe **consequências** externas relevantes, uma vez que as vítimas relataram às Conselheiras Tutelares que chegaram a cogitar tirar a própria vida. As vítimas, com seus **comportamentos**, não concorreram para a ocorrência do crime. Assim, à vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a **pena-base** em 10 (dez) anos de reclusão.”

Atente-se, que, de fato, a personalidade do réu revelou-se violenta, pois em diversas oportunidades, as testemunhas destacam essa característica do acusado afirmando que “...quando menstruou pela primeira vez seu pai deu uma surra tão grande nela que quase a matou...” e “...que seu irmão tem apenas dez anos é espancado frequentemente...” (Raquel da Silva Barbosa - fls. 09); “...que só porque o pai achou que ela estava de cara feia o pai deu de cabo de vassoura no rosto dela e por que a adolescente fez uma pulseira errada o pai bateu com uma régua de ferro na cabeça da mesma, relatou também que é um milagre ter um dia para não apanhar e que seu irmão de 10 anos é quem mais apanha ...” (Debora da Silva Barbosa - fls. 09).

Prima facie, como sabido, a imposição de pena está condicionada à culpabilidade do sujeito. Na fixação da sanção penal, sua qualidade e quantidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade). Assim, a maneira de agir e as demais circunstâncias do crime, que traduzem elevado grau de censurabilidade da conduta, devem ser consideradas para a adoção da pena-base.

Outrossim, lembro que, os magistrados dispõem de uma margem pré-existente para aplicar a pena-base, não podendo, assim, desprezar os critérios impostos pela Lei Penal para escolher, entre o mínimo e o máximo cominados para a infração penal, uma vez que o patamar a ser imposto depende, diretamente, da quantidade de circunstâncias analisadas favoráveis ou desfavoráveis ao réu.

Sobre o tema, eis a jurisprudência pátria:

"O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a

individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo" (HC 76.196-GO, 2ª T., rel. Maurício Correa, 29.09.1998, RTJ 176/743).

"O grau de culpabilidade do agente deve ser aferido de acordo com o índice de reprovabilidade, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu sua conduta" (JCAT - 75/602).

O fato de o réu ser primário e de bons antecedentes não impede, na consideração das circunstâncias judiciais (art. 59, CP), seja a pena-base superior ao mínimo legal, com a devida justificação. (STJ - 6ª T. - Rel. Anselmo Santiago - RHC 7575 - j. 30.06.1998 - DJU 14.09.1998).

"TJSC: "Pena-base. Fixação acima do mínimo legal - Possibilidade. A nenhum acusado é conferido o direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, podendo o magistrado, diante das diretrizes do art. 59, caput, do CP, aumentá-la para alcançar os objetivos da sanção (prevenir e reprimir o crime)" (JCAT 81-82/666)". (In Julio Fabbrini Mirabete - Código Penal Interpretado - Quinta Edição - Editora Atlas - pág. 442).

No caso em tela, infere-se dos autos que a pena-base foi corretamente aplicada na sentença, pois, satisfatoriamente justificada a fixação do *quantum* inicial acima do mínimo legal, eis que para o réu José Marcos Barbosa Pinheiro a douta magistrada *a quo* considerou negativamente três circunstâncias judiciais, quais sejam, personalidade, circunstâncias e consequências do delito, o que respalda o *quantum* de 10 (dez) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Entretanto, a magistrada estabeleceu a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão, que, a propósito, não pode ser agravada em razão do princípio da *non reformatio in pejus*.

A propósito, trago à colação amparo jurisprudencial do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...) ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 59 DO CP. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS (CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TEMA QUE DEMANDA REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

IV - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59 do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal (precedentes).

V - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

VI - **Dessa forma, constata-se que foi fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, baseada na culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime.** Não há, portanto, como proceder a qualquer reparo em sede de habeas corpus. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 317.034/MA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 10/09/2015) (grifei e sublinhei)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE DO CRIME. MODUS OPERANDI EMPREGADO. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DE 68 DO CP. IMPROCEDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS NEGATIVAS (CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. TEMA QUE DEMANDA REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.**

1. A gravidade concreta do crime, caracterizada pelo modus operandi empregado, constitui fundamentação idônea para a prisão cautelar com base na garantia da ordem pública. Precedentes.

2. **No caso, a majoração da pena-base acima do mínimo legal está devidamente fundamentada, uma vez que as circunstâncias e consequências do crime justificam o agravamento da pena.**

3. A revisão da conclusão adotada pelas instâncias ordinárias quanto à presença de provas suficientes à condenação exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é admitido na via especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 366.192/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013) (grifei e sublinhei)

Em segunda fase, observada a reincidência do réu informada às fls. 260, a magistrada agravou a pena em 01 (um) ano e 06 (seis) meses, resultando no valor de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Apesar do recorrente alegar que já cumpriu totalmente a pena imposta nos autos da ação penal nº 239-55.2003.815.1390, não há informações nos autos de que o réu tenha, realmente, cumprido a referida pena. Observe que a referida ação tramitou na 1ª Vara da Comarca de Sertânia/PE e, conforme a certidão de fls. 260-v, ora emitida pelo Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, o recorrente “foi condenado a 09 anos de reclusão, nas do art. 157 §§ 1º e 2º, incisos I e II do Código Penal, conforme sentença datada de 20/04/2005”.

Na terceira e última fase, a juíza de piso, reconhecendo, ainda, uma causa de aumento de pena ora prevista pelo art. 226, inciso II, do Código Penal (por ser o agente pai de ambas as vítimas), aumentou a pena da metade, perfazendo um *quantum* de 17 (dezessete) anos e 03 (três) meses de reclusão para cada um dos crimes.

Por fim, verifico, ainda, que, ao aplicar a regra do art. 69 do Código Penal (concurso material de crimes) a magistrada somou corretamente as penas, o que resultou no valor final de **34 (trinta e quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.**

Assim, entendo não existir, no respectivo caso concreto, ilegalidades no que tange à aplicação da reprimenda penal, devendo, portanto, ser mantido o mesmo *quantum* aplicado.

DA DETRAÇÃO DA PENA:

Por fim, o apelante ainda requer a aplicação da detração da pena pelo período em que o acusado esteve preso provisoriamente.

Analisando a decisão condenatória proferida pelo juízo *a quo*, verifico que, apesar da magistrada não ter aplicado a detração da pena para o réu, não se constatou qualquer prejuízo para este, pois, naquele momento, a detração do período em que o réu esteve segregado preventivamente revela-se insuficiente para alterar o regime de cumprimento da pena diverso do regime aplicado na sentença.

É que, ao ser condenado a uma pena de 34 (trinta e quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mesmo aplicando a detração de 08 (oito) meses e 10 (dez) dias - período que se deu entre a data da prisão preventiva 20/12/2016 (fl. 97) e a data da prolação da sentença 30/08/2017 (fl. 266) - a pena final seria de 33 (trinta e três) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias, que ora se adequa ao que dispõe na alínea “a”, do § 2º, do art. 33, do CP, que assim determina:

Art. 33 - *Omissis*

§ 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:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

(...) 2. A ausência de análise sobre a detração, no caso concreto, não torna a sentença nula, uma vez que a detração da pena não teria o condão de repercutir sobre a fixação do regime de cumprimento, portanto, não se verifica prejuízo ao paciente. (...) (HC 287.650; Proc. 2014/0019557-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 01/06/2016)

Ressalte-se que, o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não possui relação com a progressão de regime, instituto próprio da execução penal, mas sim **acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo**, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.

Ademais, com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Entretanto, as alterações trazidas pelo diploma legal não afastaram a competência concorrente do Juízo das execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciado não houver adotado tal providência. A propósito, os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. FRAÇÃO DE AUMENTO PELAS MAJORANTES ESTABELECIDADA COM BASE EM CRITÉRIO QUANTITATIVO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À SÚMULA N. 443/STJ. FRAÇÃO REDUZIDA PARA 1/3. PENA REDIMENSIONADA. DETRAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] - O § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não possui relação com a progressão de regime, instituto próprio da execução penal. Assim, cabe ao juízo sentenciante a

verificação da possibilidade de se estabelecer regime inicial mais brando, em razão da aplicação da detração no caso concreto, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão provisória do acusado. - **No caso, como o feito transitou em julgado e não há nos autos informações precisas acerca do tempo em que o paciente permaneceu em custódia preventiva, deve o Juízo das Execuções Penais avaliar a possibilidade de o paciente iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, considerando a detração.** - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente e determinar que o Juízo das Execuções Penais considere a possibilidade da detração.” (STJ - HC 343.147/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016 - grifo nosso.)

“PENAL. HABEAS CORPUS . ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. CRIME PERMANENTE. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. NATUREZA DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES, MOMENTO EM QUE TAMBÉM SERÁ ANALISADA A POSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO. [...] 5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice , uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal. 6. **Encerrada a prestação jurisdicional na alçada de conhecimento, cabe ao Juízo das Execuções decidir sobre detração de pena (Art. 66, II, "c", da Lei 7.210/84).** 7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.” (STJ - HC 325.630/SP, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015, grifou-se.)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO TENTADO. REGIME SEMIABERTO MOTIVADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DETRAÇÃO DE REGIME. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NULIDADE.(...) 3. Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas sim acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. 4. **As alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciado não houver adotado tal providência. Tratando-se de decreto condenatório já transitado em julgado, deve o Juízo das execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime**

mais brando. (...) (STJ - HC 363.287/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016 - grifo nosso)

Logo, demonstrado que o tempo da prisão preventiva do réu não é hábil a modificar o regime para um menos severo, resta inviável a aplicação da detração neste momento.

Ante o exposto, em harmonia com o parecer ministerial, **NEGO PROVIMENTO AO APELO**, mantendo na íntegra a r. sentença prolatada.

Considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser possível a execução provisória da pena após a confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça (STF, HC 126.292), bem como já fora expedida guia de execução provisória, **determino seja oficiado ao Juízo das Execuções Penais competente, comunicando-o da confirmação da sentença condenatória.**

É como voto.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador **Carlos Martins Beltrão Filho, Presidente da Câmara Criminal**, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores **Márcio Murilo da Cunha Ramos, relator**, Arnóbio Alves Teodósio, revisor, e Marcos William de Oliveira (Juiz de Direito convocado até o preenchimento da vaga de Desembargador, vogal).

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

Sala de Sessões da Câmara Criminal “Desembargador Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 17 de abril de 2018.

Márcio Murilo da Cunha Ramos
Relator