



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO BENEDITO DA SILVA

ACÓRDÃO

Apelação Criminal nº. 0000207-41.2001.815.0011

RELATOR: Des. João Benedito da Silva

ORIGEM: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Campina Grande

APELANTE: Edvaldo Brito de Oliveira

ADVOGADO: Wellington de Luna Araújo

APELADO: Justiça Pública

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. SOBRINHA. MENOR DE 14 ANOS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SENTENÇA. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. APELO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. USO DE ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO PENAL. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REFORMA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ABERTO. SÚMULA 440 DO STJ. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE ATUAL *PERICULUM LIBERTATIS*. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS NÃO NOTICIADO. REVOGAÇÃO DA PREVENTIVA DECRETADA. APELO PROVIDO.

A satisfação da lascívia é ínsita aos crimes sexuais e não extrapola os motivos inerentes ao delito do art. 213 do Código Penal, assim como as considerações tecidas pela julgadora *a quo* sobre o abalo emocional e potencial distúrbio de comportamento da vítima – sem apontar qualquer comprometimento psíquico concreto – não importam repercussão ou efeitos que excedam ou agravem as conseqüências inerentes ao crime de estupro.

Em princípio, o réu que esteve em liberdade durante o transcorrer da ação penal, tem o direito de aguardar solto o julgamento do recurso que interponha contra a sentença que o condenou, pois a prisão cautelar decorrente de sentença

condenatória, só pode ser decretada em se mostrando a absoluta necessidade de sua adoção e desde que presentes e atuais os requisitos da segregação preventiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acima identificados;

A C O R D A a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, em **DAR PROVIMENTO AO APELO PARA REDIMENSIONAR A PENA, MODIFICAR O REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO E REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

RELATÓRIO

Cuida-se de **Apelação Criminal** manejada por **Edvaldo Brito de Oliveira** face a sentença de fls. 137/146, proferida pelo **Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Campina Grande**, que **julgando parcialmente procedente** a denúncia **condenou-o** a uma pena de **04 (quatro) anos de reclusão** a ser cumprida no **regime, inicialmente, fechado**, pela prática do crime encartado no **artigo 213 (redação dada pela Lei 8.072/90), parágrafo único (inserido pela Lei 8.069/90) c/c artigo 14, II, todos do Código Penal c/c artigo 1º, V da Lei 8.072/90**, sem conceder-lhe o direito de apelar em liberdade.

Em sede de razões recursais de fls. 153/155, impugnou o Apelante o regime de cumprimento inicial da pena fixado na sentença por ser ele distoante do que determina o artigo 33, §2º, alínea “c” do Código Penal, ainda mais quando se vislumbra ser ele réu primário, com endereço residencial fixo e profissão definida (agricultor), devendo, assim, ser reformada a sentença imputando-lhe o regime inicial aberto.

Ademais, suplicou, pela revogação da prisão preventiva decretada eis que infundados os fundamentos de desídia e possibilidade de fuga a ele atribuídos.

Contra-arrazoando (fls. 170/171), o Representante do Ministério Público *a quo* requereu a manutenção da sentença condenatória em todos os seus termos.

A douta Procuradoria de Justiça exarou parecer, às fls. 175/178, opinando pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O recurso apelatório em testilha questiona, *ab initio*, o regime inicial de cumprimento da pena imposta na sentença condenatória de fls. 137/146 eis que, aos olhos do Apelante, estaria em confronto com o que determina o artigo 33, §2º, alínea “c” do Código Penal, sendo-lhe imposto regime mais severo do que o permitido, levando-se em conta a pena definitiva de 04 (quatro) anos de reclusão e as condições pessoais favoráveis (réu primário, endereço certo e profissão definida).

Faz-se, então, imprescindível a transcrição do trecho impugnado:

A **culpabilidade** ressoa grave, com grande censurabilidade no comportamento do agente, que dolosamente se aproveitou da inocência da vítima para com ela tentar praticar conjunção carnal. Não há registro de maus **antecedentes**, sendo primário o réu. Nada nos autos a desabonar sua **personalidade e conduta social**. O **motivo do crime** é egoístico, já que foi praticado apenas com o fim de satisfazer a própria lascívia, a luxúria exacerbada do acusado, em total desrespeito à dignidade sexual da vítima. As **circunstâncias** em que o crime foi perpetrado demonstram bastante ousadia do réu, que escolheu sua própria sobrinha para praticar o crime, durante o dia e em sua própria casa, sendo bastante provável que o fato fosse descoberto e a autoria identificada – o que realmente ocorreu. As **consequências do crime** são as mais nefastas para a vítima, diante do abalo emocional por ela sofrido. O **comportamento da vítima** em nada contribuiu para o evento criminoso, e

apenas brincava com uma amiga na rua quando foi abordada pelo réu.

Tendo em vista análise desfavorável das circunstâncias judiciais, notadamente quanto à culpabilidade, o motivo, circunstâncias e consequências do crime, aplico a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão. Sendo o crime tentado, e considerando os atos praticados ao longo do *iter criminis*, chegando o réu bastante próximo à consumação, uma vez que a criança já estava em sua cama, sem calcinha, diminuo a pena em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 04 (QUATRO) ANO DE RECLUSÃO [...]

Determino o regime inicial fechado de cumprimento da reprimenda, em razão da natureza da pena, das ponderações negativas das circunstâncias judiciais (artigo 59, III c/c artigo 33, §2º, alínea “a” e §3º do Código Penal) **e da imposição legal contida no artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90**, sujeitando o condenado a exame criminológico, consoante dispõe o art. 34 do CP, devendo dita reprimenda ser cumprida em estabelecimento prisional a critério das Execuções Penais desta comarca.

[...] (fls. 145/146)

De acordo com o artigo 33, §3º do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal.

Nessa senda, ainda que a alínea “c” do §2º do referido artigo sugira que para as penas de valor igual ou inferior a 04 (quatro) anos, imposta ao réu, não reincidente, aplica-se o regime aberto, há de se avaliar não só o *quantum*, mas, também, qual regime seria mais propício para efetivar a prevenção e a reprovação do crime a ele imputado.

Nota-se que 04 (quatro) das 08 (oito) circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal foram sopesadas de modo desfavorável ao réu (culpabilidade, motivo, circunstâncias e consequências do crime), porém a magistrada *primeva* ao analisar a “culpabilidade”, o “motivo” e o “comportamento da vítima” fez uso de critérios inerentes ao próprio tipo penal o que não é admissível, conforme ressoa, de modo harmônico, a jurisprudência

pátria:

ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA. PENA BASE.CULPABILIDADE, MOTIVOS E COMPORTAMENTO DAS VÍTIMAS.DESFAVORABILIDADE RESPALDADA EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENALVIOLADO E NA NEUTRALIDADE DOS ATOS DAS OFENDIDAS. ILEGALIDADE.CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVAQUANTO À CULPABILIDADE E AOS MOTIVOS DO CRIME. FRAÇÃO DE AUMENTO.REDUÇÃO. 1. É ilegal a valoração negativa das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal com espeque em elementos inerentes ao próprio tipo penal infringido e em dados genéricos. 2. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida. 3. Não constitui fundamento idôneo a respaldar a desfavorabilidade quanto aos motivos do crime, a satisfação da lascívia do agente, eis que inerente à própria tipificação dos delitos sexuais. 4. O comportamento da vítima valorado como neutro não pode subsidiar a exasperação da pena base. (STJ - AgRg no REsp: 1294129 AL 2011/0285644-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 05/02/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe **15/02/2013**)

Com efeito, a satisfação da lascívia é ínsita aos crimes sexuais e não extrapola os motivos inerentes ao delito do art. 213 do Código Penal, assim como as considerações tecidas pela julgadora *a quo* sobre o abalo emocional e potencial distúrbio de comportamento da vítima – sem apontar qualquer comprometimento psíquico concreto – não importam repercussão ou efeitos que excedam ou agravem as conseqüências inerentes ao crime de estupro.

Por sua vez, a “culpabilidade” deve ser analisada em duas vertentes:

na primeira, dirigida à configuração da infração penal,

quando se afirmará que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda, a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base. (GREGO, Rogério. Código Penal Comentado. 3ª edição. Niterói/RJ: Impetus, 2009)

Neste diapasão, devemos perceber que não resta qualquer dúvida no que se refere à configuração do crime pois nem mesmo veio a ser matéria de questionamento pelo recorrente, além do mais, todos os elementos da culpabilidade, esculpidos pela teoria normativa pura - a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade da conduta diversa - encontram-se presentes na hipótese em atento, como bem observado na decisão questionada, não sendo, assim, necessária qualquer reforma neste ponto.

Já no que se refere à “culpabilidade” especificamente prevista no *caput* do artigo 59 do Código Penal diz ela respeito à maior reprovação social que o crime e o autor merecem, não mais se discutindo os elementos supramencionados, devendo, assim, ser extirpada a sua valoração negativa, ante a carência de fundamentação observada, haja vista que a culpabilidade da ação delitiva em testilha não extrapolou os parâmetros normais do tipo.

Soma-se ao exposto que o crime pelo qual foi condenado (artigo 213, parágrafo único c/c artigo 14, II do Código Penal) é considerado, pelo artigo 1º, V da Lei n. 8.072/90, como “crime hediondo”, prevendo o artigo 2º, §1º da referida legislação que “a pena por crime prevista neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

Acontece que o referido artigo veio a ser declarado inconstitucional por intermédio da súmula vinculante n. 26¹ e, nessa senda, a

1 Súmula Vinculante 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução **observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar,

fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena reportando-se à hediondez do delito é contrária ao que decidido pelo Supremo Tribunal no *Habeas Corpus* n. 111.840, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ. 27.6.2012.

A propósito:

EMBARGOS INFRINGENTES - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA - ALTERAÇÃO - POSSIBILIDADE - REGIME FECHADO - INCONSTITUCIONALIDADE. Diante da declaração de inconstitucionalidade da fixação de regime fechado para os crimes hediondos e equiparados, deve se obedecer às regras do art. 33 e §§ do CP, podendo ser fixado regime diverso do fechado. V.V Para os crimes hediondos, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o fechado, em observância à disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, modificada pela Lei n.º 11.464/07. (TJMG - Emb Infring e de Nulidade: 10281120010331002 MG , Relator: Rubens Gabriel Soares, Data de Julgamento: 11/02/2014, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: **17/02/2014**)

Observando-se, assim, o equívoco operado pela julgadora *primeva*, passo a proceder uma nova dosimetria da pena:

Em 1ª fase: Extirpando das circunstâncias judiciais, outrora avaliadas, de “culpabilidade”, “motivos”, “consequências” e “comportamento da vítima” a valoração negativa a elas imputadas, concluindo-se como único critério desfavorável ao réu as “circunstâncias”, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 05 (cinco) meses.

Em 2ª fase: inexistindo atenuantes e agravantes a serem consideradas, mantenho a pena-base.

Em 3ª fase: reconhecendo ser o crime tentado e correta a fundamentação encartada no *decisum* objurgado, quanto a esse tópico,

para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (grifei)

mantenho a redução da pena em 1/3 (um terço), resultando uma pena definitiva de **02 (dois) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias**, ante a inexistência de outras causas de aumento e de diminuição da pena.

Determino como regime, inicial, de cumprimento de pena o **aberto**, à luz do que elucida o artigo 33, §2º, “c” c/c §3º do Código Penal e no teor da Súmula 440 do STJ².

Por sua vez, no que se refere ao **direito do réu de apelar em liberdade**, atente-se que após diversas tentativas de citação (fl. 32v e 34) foram suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, **o que perdurou por 12 (doze) anos** até o instante em que o advogado constituído pelo indigitado veio requerer o relaxamento da segregação cautelar imposta eis que ele estaria recebendo tratamento no CAPS ante o distúrbio psicológico por ele sofrido.

O referido petítório foi acolhido pelo Juízo *a quo* que revogou a prisão preventiva e aplicou em seu favor medidas cautelares diversas da prisão: a) comparecimento mensal em Juízo para informar e justificar suas atividades, sempre no último dia útil de cada mês; b) proibição de ausentar-se da Comarca por mais de 08 (oito) dias; c) recolhimento domiciliar a partir das 22h00 e nos dias de folga (fls. 86/87), **inexistindo qualquer notícia de que tenha ele as descumprido**.

Decretou a magistrada *a quo* a prisão preventiva sob os seguintes fundamentos:

Denego ao réu o direito de apelar em liberdade, em razão do comportamento desidioso do réu, que retardou em treze anos a resolução do processo. Vendo-se condenado é **bem provável** que torne a fugir, impedindo a aplicação da lei penal. [...] (fl. 146)

2 Súmula 440 STJ. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

(grifei)

Ora, em princípio, o réu que esteve em liberdade durante o transcorrer da ação penal, tem o direito de aguardar solto o julgamento do recurso que interponha contra a sentença que o condenou, pois a prisão cautelar decorrente de sentença condenatória, só pode ser decretada em se mostrando a absoluta necessidade de sua adoção e desde que **presentes e atuais** os requisitos da segregação preventiva.

Nesse diapasão, apesar de irrefutável a autoria e a materialidade do ato delitivo a ele imputável, já que reconhecida em sentença condenatória e não questionada em sede recursal, inexistente o atual *periculum libertatis*, ou seja, não se verifica qualquer um dos fundamentos delineados no artigo 312 do Código Processual Penal (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal) eis que não há anotação nos autos de que o réu esteja descumprindo as medidas protetivas outrora impostas, não podendo a segregação cautelar – como *ultima ratio* que é – se alicerçar em suposições ou conjecturas decorrente de fatos passados.

Forte em tais razões, **dou provimento ao apelo defensivo** para reduzir a sanção penal imposta, em desfavor de Edvaldo Brito de Oliveira, de 04 (quatro) anos de reclusão, para **02 (dois) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias**, modificando o regime de cumprimento de pena de fechado para inicialmente, **aberto**, artigo 33, §2º, “c” c/c §3º do Código Penal e no teor da Súmula 440 do STJ.

Em seguida, **revogo** a prisão preventiva, concedendo ao réu o direito de recorrer em liberdade.

Oficie-se ao Juízo de origem.

É como voto.

Presidiu a sessão, o Exmo. Sr. Des. Arnóbio Alves Teodósio, Presidente, em exercício, da Câmara Criminal. Participaram do julgamento, o Exmo. Sr. Des. João Benedito da Silva, (com jurisdição limitada), relator, Exmo. Sr. Des. Luiz Silvio Ramalho Júnior, revisor, e o Exmo. Sr. Des. Carlos Martins Beltrão Filho. Presente à sessão o Exmo. Sr. Dr. Paulo Barbosa de Almeida, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, aos 27 (vinte e sete) dias do mês de novembro do ano de 2014.

Des. João Benedito da Silva
RELATOR