ACÓRDÃO:
PROCESSO Nº 0053536-95.2015.8.14.0401
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PENAL
RECURSO: APELAÇÃO PENAL
COMARCA: BELEM (3ª VARA CRIMINAL DE ICOARACI)
APELANTE: L.A.S. (ADVOGADA IVANILDA BARBOSA PONTES – OAB/PA Nº 7228)
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
REVISOR: Des.or ROMULO JOSÉ FEREIRA NUNES
RELATOR: Des.or MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

ementa:
APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR. RECORRER EM LIBERDADE. REJEITADA. DA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. CONTEÚDO PROBATÓRIO COESO E HARMÔNICO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DA REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO APELANTE. SÚMULA Nº. 23 TJEPA. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.
1. Não há previsão legal para o deferimento liminar do pedido de liberdade em sede de Apelação Criminal, sendo mais recomendável, caso haja patente constrangimento ilegal, a impetração de habeas corpus, remédio constitucional próprio para a colocação do paciente em liberdade, merecendo, em decorrência, rejeição a preliminar deduzida com aquele propósito.
2. Havendo vasto conteúdo probatório nos autos apontando a autoria e materialidade delitiva, compreendido nos depoimentos obtidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não se sustenta a alegação de absolvição com fulcro no princípio do in dubio pro reo.
3. A diretiva combatida deve permanecer inalterada, de igual forma, em relação ao quantum de fixação da pena privativa de liberdade, pois aplicada com proporcionalidade e justiça pelo juiz sentenciante.
4. O regime integralmente fechado foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82959, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º da Lei 8.072/90, impondo-se, de ofício, a sua alteração.
5. Recurso conhecido e improvido e de oficio alterado o regime de cumprimento da pena para o inicialmente fechado, nos termos da alínea a, do artigo 33 do Código Penal, à unanimidade.

Vistos etc.
Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, componentes da Egrégia 2ª Turma de Direito Penal, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar provimento, nos termos do voto Desembargador Relator.
Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos sete dias do mês de março de 2017.
Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes.
Belém (PA), 07 de março de 2017.

Des. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
Relator

PROCESSO Nº 0053536-95.2015.8.14.0401
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PENAL
RECURSO: APELAÇÃO PENAL
COMARCA: BELEM (3ª VARA CRIMINAL DE ICOARACI)
APELANTE: L.A.S. (ADVOGADA IVANILDA BARBOSA PONTES – OAB/PA Nº 7228)
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
REVISOR: Des.or ROMULO JOSÉ FEREIRA NUNES
RELATOR: Des.or MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

RELATÓRIO

L.A.S., por intermédio do Advogado Marcos Bahia Begot, interpôs a presente apelação contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal Distrital de Icoaraci, que o condenou à pena de 10 anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, pela prática delitiva tipificadas nos art. 217-A (Estupro de Vulnerável), do Código Penal.

A defesa pugna, preliminarmente, pelo direito de apelar em liberdade, com a consequente expedição de Alvará de Soltura.

No mérito, defende a absolvição do apelante em razão da ausência de provas suficientes para embasar sua condenação, ante a fragilidade dos depoimentos das testemunhas arroladas durante toda a instrução processual.

Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena aplicada na sentença apelada, uma vez que militam em favor do recorrente: ser primário, ter bons antecedentes, ter residência fixa e personalidade não voltada para o crime.

Em contrarrazões recursais, o Ministério Público Estadual pugna, preliminarmente, pelo direito do apelante em recorrer em liberdade e, no mérito, manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso, para que seja mantida a decisão monocrática em todos os seus termos.

Os autos foram remetidos a esta e. Corte, sendo distribuídos à minha relatoria e apresentando-se conclusos ao meu Gabinete na data de 25/10/2016, oportunidade em que determinei a remessa ao parecer do custos legis.

Manifestando-se nessa condição, o Procurador de Justiça Cláudio Bezerra de Melo posicionou-se pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Em 10/11/2016, assim instruídos, os autos vieram conclusos, oportunidade na qual determinei a intimação do apelante para que indicasse novo advogado, tendo em vista que o causídico que patrocinava sua defesa, no momento da protocolização das razões, estava suspenso dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Após a devida intimação, a Advogada Ivanilda Pontes, habilitou-se nos autos, ratificando os termos da apelação.

É o relatório.
À revisão do Exmo. Sr. Des. Rômulo José Ferreira Nunes.
Belém, 06 de fevereiro de 2017.

Des.or MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
Relator

PROCESSO Nº 0053536-95.2015.8.14.0401
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PENAL
RECURSO: APELAÇÃO PENAL
COMARCA: BELEM (3ª VARA CRIMINAL DE ICOARACI)
APELANTE: L.A.S. (ADVOGADA IVANILDA BARBOSA PONTES – OAB/PA Nº 7228)
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
REVISOR: Des.or ROMULO JOSÉ FEREIRA NUNES
RELATOR: Des.or MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação criminal.
Primeiramente, ressalto que não há previsão legal para o deferimento do direito de recorrer em liberdade em sede de Apelação Criminal, sendo mais recomendável, caso haja patente constrangimento ilegal, a impetração de habeas corpus, remédio constitucional próprio para combater a privação de liberdade ambulatorial.
Por essa razão, rejeito a preliminar suscitada.
Ultrapassada essa questão, passo a enfrentar o mérito do recurso.
E, com essa finalidade, esclareço que, no meu entendimento, a condenação do apelante deve ser mantida, pois os elementos carreados aos autos são suficientes para embasar o decreto condenatório, em razão da existência de prova cabal que sustenta a autoria dos fatos imputados ao apelado.
Neste sentido, reporto-me à sólida argumentação lançada pelo digno Juiz de Direito Geraldo Neves Leite na sentença condenatória recorrida, cujos fundamentos peço vênia para adotar como parte das razões de decidir do presente recurso, verbis (fls. 122/129):
(...)

Os laudos, subscritos por peritos oficiais, indicam claramente que a vítima manteve contato de natureza sexual. O laudo relativo ao exame sexológico, realizado após o fato, por exemplo, mencionou que a genitália da adolescente apresentava '... hímen de forma semilunar, com rotura incompleta antiga em quadrante posterior direito e esquerdo, orla média e ampla, ostíolo irregular' (fl. 89). Ao responderem aos quesitos, os expertos assinalaram que havia vestígios de conjunção carnal antiga, além de ato libidinoso diverso.
(...)
Há tempos que a sociedade brasileira acompanha, com certa perplexidade, a evolução dos costumes e das atitudes, mormente o rápido desenvolvimento do conceito de liberdade sexual (para o qual não cabe excursões neste espaço). Os jovens, cada vez mais cedo, inclusive os menores de quatorze anos, adentram no imenso universo do exercício do sexo. Contudo, muitas vezes o fazem sem a devida orientação e findam por experimentar decepções que resultam em doenças venéreas graves e/ou gravidezes indesejadas.
Partindo desse paradigma é que o legislador instituiu um tipo penal especifico, o estupro de pessoa em situação de vulnerabilidade. Esse tipo penal resguarda, dentre outras possibilidades, a pessoa nos primeiros anos da sua adolescência, ao criminalizar o ato sexual praticado com menor de 14 anos. Como é sabido, o tipo penal do art. 217-A combina a concreção do ato sexual com a presunção da violência, que antes era prevista no revogado art. 224 do CPB.
No caso presente, é inconteste que a vítima tinha 11 anos ao tempo do fato, eis que nasceu em 30.03.2004. Também é incontroverso que a vítima não detinha (ou detinha pouca) experiência sexual antes do evento, já que a perícia atestou que a sua genitália apresentava rupturas por ocasião do exame.
(...)
Com a devida acuidade, denota-se que, ao afastar as declarações do réu, o qual, tanto em seu depoimento extrajudicial quanto em juízo, rechaçou as acusações, em exame acurado do conjunto dos depoimentos, percebe-se que a delação formulada pela Promotoria de Justiça é insuscetível de máculas.
Em seu interrogatório, o denunciado manteve a sua versão para o acontecido e, que está nessa situação por raiva de sua irmã e sua sobrinha, as quais pretendem prejudicar sua vida. A fragilidade dos argumentos do denunciado é extremada, em seu depoimento disse saber que as outras pessoas abusavam da vítima, fato relatado pela sua própria irmã. Disse que o genitor da vítima nunca fez nada, pois também estaria envolvido nos abusos. Alegou que a denúncia foi feita para lhe prejudicar, ao invés do genitor da vítima. Asseverou também que a vítima declarou o ocorrido por ordem de sua genitora e que sabe que a vítima sofreu abusos até por pessoas da igreja que os seus genitores frequentam.
Quantos aos argumentos do réu, não é crível que um tio ao saber do cenário que se encontra sua sobrinha, nunca teve a iniciativa de tomar alguma providência para que fosse cessado os abusos, mesmo sabendo da conduta negligente dos pais da menor, sendo sua irmã a genitora. Ao contar os fatos para o seu genitor e por sua vez avô da vítima, o réu não

contribuiu em nada para cessar os abusos perpetrados em relação à menor.
(...)
O réu em seu depoimento também alegou que sua irmã lhe contou toda a verdade, após estar preso e por isso teve a esperança de que seria inocentado, no entanto, essas declarações não constam dos autos. Aliás, o que consta no depoimento da genitora da menor, é que frequentemente o réu estava em sua residência e, que a primeira vez que soube que sua filha foi abusada estava nos afazeres dos serviços domésticos em sua casa e ouviu barulho de cama, tendo se dirigido ao quarto e visto à cama ensanguentada e que perguntado para sua filha o que houve, está disse não ser nada, isso ocorreu quando sua filha tinha 08 anos de idade. Disse também que mudou de endereço e ao residir no novo endereço o réu também frequentou a sua residência.
Se efetivamente sua irmã lhe contou toda verdade, essa verdade seria também prestada em juízo, vez que é local certo e adequado para a elucidação dos fatos, no entanto nada disso constou do seu depoimento, ao contrário, a genitora da menor que é irmã do réu, declarou em juízo que deixou sua filha na casa de seu irmão, pois o réu teria lhe dito que foi ordem de sua mãe (avó da vítima), mesmo sendo conhecedora dos abusos sexuais praticados pelo seu irmão, em razão disso a sua filha ao retornar para casa relatou que foi vítima da agressão sexual, tendo como autor o seu tio, ora réu.
O que se apura nos autos, é que uma menor de idade sofreu abusos por pessoas do seu convívio familiar nada foi feito pelos seus genitores, os quais sabiam do abuso, tal conduta é absurda. A genitora da vítima também declarou que sua filha não ficava sozinha em cato nenhum, pois a menor ainda estudava. Quanto ao fato da menor ter se ausentado por três dias de sua residência, a depoente disse que sua filha foi atrás de seu irmão que foi morar junto de sua namorada, tendo no mesmo dia ido buscar a menor.
Nesse panorama, é possível ter em conta que a menor não possuía interesse em residir com os seus genitores, vez que era constantemente vítima de abuso e também da inércia de seus pais em relação a situação.
Especular acerca da inexistência de um ato criminoso demandaria desmerecer por completo a palavra da vítima, os laudos e o contexto que envolveu a todos ao tempo da infração. Ter-se-ia mesmo que imaginar um sistemático e bem sucedido complô contra o acusado, no qual estariam envoltos, além da vítima e os seus pais, desde a denúncia que foi recebida e os peritos que realizaram exames.
(...)

Na análise da argumentação desenvolvida pelo douto magistrado sentenciante, destaco que os autos não deixam dúvidas sobre a ocorrência do crime imputado ao apelado.
Com efeito, analisando todo o conteúdo probatório colacionado nos autos, salta aos olhos que a materialidade e autoria foram sobejamente demonstradas durante a instrução, conforme se evidencia do laudo pericial (fl. 89) e das provas orais colhidas na fase judicial (mídias as fls. 70 e 85), que serviram para elucidação dos fatos e a formação do convencimento do Juízo sentenciante.
Nesse contexto, destaco a palavra da vítima A.V. dos. S. C., em Juízo, ou

seja, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, relatou com riqueza de detalhes o abuso sofrido (mídia fl. 70):

Que tem 12 anos; que na época dos fatos tinha 08 anos; que seu tio Lenivaldo é conhecido por Márcio; que seu tio morava próximo a sua casa; que no dia dos fatos seu tio foi lhe buscar em sua casa para ir para a casa dele; que em certo momento estava deitada e ele começou a passar a mão na depoente; que certa vez estava no banheiro tomando banho quando foi surpreendida pelo acusado, que encostou seu pênis nela e disse que queria apenas testar; que na primeira vez o acusado não tirou sua roupa, apenas lhe acariciou os seios e vagina; que quando tinha 10 anos ficou hospedada na casa do denunciado e neste tia foi arremessada na cama e obrigada a fazer sexo com ele; que após isso ele a colocou em um moto-taxi para retornar a sua casa; que quando chegou na sua casa contou para sua mãe; que ela não foi a delegacia porque sofria ameaças por parte do acusado, no sentido de que mataria os pais da depoente; que seus pais não foram à Delegacia pois tinham medo do seu tio; que só teve relação sexual com ele uma única vez; que seu tio sempre lhe oferecia presentes.

Como se sabe, especialmente em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima, quando firme e coerente, possui elevado valor probante, uma vez que essa modalidade de delito na maioria das vezes é praticado na clandestinidade, sobretudo quando corroborado por outros meios de prova.

Nesse sentido é o excerto do seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que se ajusta à fiveleta ao caso ora analisado:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. PADRASTO. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CP. INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Por força do julgamento do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. 2. Decorre da própria literalidade do art. 226, II, do CP o recrudescimento da reprimenda se o crime sexual é cometido pelo padrasto em desfavor da enteada, tal qual ocorreu na espécie. 3. Desconstituir a comprovada relação de confiança e o vínculo de autoridade que o agressor mantinha com a vítima implicaria o reexame das provas e dos fatos dispostos nos autos, o que é vedado em recurso especial pelo teor da Súmula n. 7 do STJ. 4. A Corte local confirmou a condenação imposta na sentença, em acórdão no qual frisou que o conjunto probatório - formado não apenas pelo depoimento firme e coerente da vítima mas também pelos relatos das demais testemunhas ouvidas em juízo - é robusto e conclusivo em demonstrar a autoria do recorrente no crime de estupro de vulnerável. 5. Nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, como bem salientaram as instâncias antecedentes, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos. 6. Para se concluir pela absolvição, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório delineado nos autos,

procedimento vedado no âmbito do recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 7. Não se verifica a nulidade por ausência de fundamentação do acórdão recorrido, pois, expressamente, manifestou-se sobre todas as teses defensivas postas na apelação. 8. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 1607392/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 04/10/2016). Grifo nosso.

Desse modo, mostra-se escorreita a decisão apelada, pois está apoiada no conjunto de provas coletado, não havendo que se falar em dúvida acerca da autoria delitiva ou de ocorrência do delito, e, consequentemente, em absolvição.

Noutro giro, com relação ao pedido de redução da pena-base aplicada ao apelante, da leitura do édito condenatório, às fls. 122-129, vê-se que o magistrado sentenciante considerou desfavoráveis ao recorrente a culpabilidade, motivos, consequências, comportamento da vítima e as circunstâncias, fixando a pena base em 10 (dez) anos de reclusão.

Primeiramente, no tocante aos motivos do delito, constata-se que o juízo de 1º grau limitou-se a afirmar que torpes e indecorosos não apontando qualquer elemento concreto dos autos, motivo pelo qual não pode ser valorada negativamente ao apelante.

Da mesma forma, resta pacificado na doutrina e jurisprudência pátria que o comportamento da vítima não pode ser considerado desfavorável ao acusado, não podendo agravar a sua reprimenda inicial, devendo ser considerado circunstância neutra, entendimento esse, inclusive, já materializado na Súmula nº. 18 deste e. Tribunal de Justiça.

Por fim, averbo que os argumentos utilizados pelo magistrado sentenciante para valorar de forma desabonadora os vetores da culpabilidade, circunstancias e consequências do crime, são idôneos, porquanto o apelante estuprou, por diversas vezes, a vítima, sua sobrinha, tendo a mesma apenas 08 anos de idade quando os abusos se iniciaram, bem como, ameaçou-a de morte para garantir a sua impunidade, o que gera a necessidade de uma maior censura na sua conduta.

Cumpre registrar que não caracteriza a chamada reformatio in pejus, a decisão do Tribunal ad quem que, ao julgar o recurso de apelação exclusivo da defesa, procede, com base no efeito devolutivo amplo da apelação, à revaloração das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, para melhor adequá-las ao caso concreto, sem agravar a pena definitiva aplicada pelo juízo sentenciante.

Tratando acerca do tema, leciona Renato Brasileiro de Lima (Manual de Processo Penal, 4º Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1618), in verbis:

De todo o modo, na análise de apelação exclusiva da defesa, o juízo ad quem não está impedido de manter a sentença condenatória recorrida com base em fundamentação distinta da utilizada em primeira instância, desde que respeitados a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem. De fato, o princípio do ne reformatio in pejus tem por objetivo impedir que, em recurso exclusivo da defesa, o réu tenha agravado a sua situação, no que diz respeito à pena que lhe foi impingida no primeiro grau de jurisdição. Não se proíbe, entretanto, que, em impugnação contra sentença condenatória, possa o órgão de jurisdição superior, no

exercício de sua competência funcional, agregar fundamentos à sentença recorrida, quer para aclarar-lhe a compreensão, quer para conferir-lhe melhor justificação. Raciocínio diverso, todavia, há de ser aplicado aos casos nos quais, em ação de habeas corpus, o tribunal supre o vício formal da decisão do juízo singular para acrescentar fundamentos que, v.g., venham a demonstrar a necessidade concreta de uma prisão preventiva. Nessas situações, tem-se entendido que os argumentos trazidos no julgamento do habeas corpus original pelo Tribunal a quo, tendentes a justificar a prisão provisória, não se prestam a suprir a deficiente fundamentação adotada em primeiro grau, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constritivo ao direito de locomoção do paciente. (grifo nosso).

Para espancar qualquer dúvida, reproduzo os seguintes julgados dos Tribunais Superiores:

EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Impetração da qual não conheceu o Superior Tribunal de Justiça, por ser ela substitutiva de recurso especial. Entendimento que não se coaduna com o entendimento da Corte. Precedentes. Alegação de ofensa à vedação da reformatio in pejus e ao princípio da individualização da pena. Não ocorrência. Recurso não provido. 1. A Corte não tem admitido a rejeição da impetração perante o Superior Tribunal de Justiça a pretexto de se cuidar de substitutivo de recurso especial cabível (HC nº 115.715/CE, Primeira Turma, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 11/6/13). 2. Não há que se cogitar da reformatio in pejus, pois o Tribunal de Justiça gaúcho, ao negar provimento ao recurso criminal defensivo, não reconheceu, em desfavor do recorrente, circunstância fática não reconhecida em primeiro grau, apenas fazendo sua reclassificação dentre os vetores previstos no art. 59 do Código Penal. 3. Recurso não provido. (RHC 119149, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 06-04-2015 PUBLIC 07-04-2015) (grifei).

.....

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 2 (DOIS) HOMICÍDIOS QUALIFICADOS, EM CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. QUANTUM PROPORCIONAL. ALEGADA REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO DA APELAÇÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É válida a majoração da pena-base, tendo em vista a presença de elementos que extrapolam consideravelmente os normais à espécie, consistentes nas circunstâncias dos crimes e nos maus antecedentes. Além disso, presentes 2 (duas) qualificadoras no delito de homicídio, é possível que o Magistrado utilize uma para qualificar o delito e a outra para majorar a reprimenda na primeira fase de dosimetria. 2. A fixação das penas-base em 13 (treze) e 15 (quinze) anos, para os homicídios qualificados, revela-se proporcional e fundamentada, principalmente considerando as penas mínima e máxima cominadas a esse crime. 3. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu no sentido de que o Tribunal de origem, quando da análise da dosimetria, não está adstrito aos fundamentos da sentença de 1º Grau, uma vez que a apelação criminal tem efeito devolutivo amplo, possibilitando ao Juízo ad quem a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do

Código Penal, segundo seu prudente arbítrio, mas se limitando ao quantum arbitrado pelo magistrado singular, caso o recurso seja exclusivamente defensivo. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 487720 ES 2014/0060315-2, Relator: Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 18/11/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/11/2014) (grifei)

Dessa forma, havendo três circunstâncias desfavoráveis ao apelante – culpabilidade, circunstâncias e consequências -, mantenho a aplicação da pena-base em 10 anos de reclusão, não podendo sequer se cogitar que não houve razoabilidade e proporcionalidade em sua fixação, mormente considerando que a presença de três circunstâncias judiciais desfavoráveis já revela-se suficiente para elevar a reprimenda inicial acima do mínimo legal, nos termos da Súmula 23 desta e. Corte de Justiça.

Na segunda etapa, inexistindo circunstâncias atenuantes ou agravantes, o quantum da pena deve ser mantido.

Na terceira fase não concorrem causas de aumento ou diminuição de pena, permanecendo a pena em 10 anos de reclusão, a qual torno definitiva.

Merece alteração o regime prisional estabelecido pelo MM. Juiz a quo para o cumprimento da pena privativa de liberdade de Lenivaldo. Isto porque, foi fixado regime integralmente fechado, vedando assim a sua progressão.

O artigo 2º da Lei 8.072/90, em sua redação original, determinava que os condenados por crimes hediondos ou equiparados a hediondos deveriam cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, in vebis:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Ocorre que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em 23/02/2006, no julgamento do HC 82959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, uma vez que o regime integralmente fechado ofende os princípios da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da pena digna, da isonomia, da humanidade e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Eis a ementa do acórdão:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

Sendo assim, altero, de ofício, o regime integralmente fechado para cumprimento inicial da pena para o inicialmente fechado, nos termos da alínea a, do artigo 33 do Código Penal.
Outrossim, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a teor do que estabelece o art. 44, I, do CPB, porquanto o crime foi praticado mediante violência, além da pena ter sido fixada acima de 4 anos.
Acrescento, por fim, que no julgamento do HC nº. 126292/SP-STF, sob a relatoria do Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016, o Supremo Tribunal Federal, modificando a sua posição anterior (adotada desde o leading case HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009), entendeu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Na mesma linha, mais recentemente, em 05/10/2016, o Pretório Excelso ratificou o seu novo entendimento, concluindo que a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda sujeito a recurso especial ou extraordinário, além de não ofender o postulado da não culpabilidade, também não viola o art. 283 do CPP (STF. Plenário. ADC 43 E 44 MC/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac Min. Edson Fachin, julgados em 05/10/2016).
Dessa forma, com forte amparo nessa orientação da Suprema Corte, determino o início imediato da execução provisória da pena do apelante.
Em face do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo pena imposta em 10 (dez) anos de reclusão e estabelecendo, de ofício, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.
Expeça-se o necessário.
É como voto.
Belém (PA), 07 de março de 2017.

Des. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
Relator