



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento da pena. Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não cometimento de novos delitos pelo apelante. Hediondez afastada. Provimento parcial. Unânime.

APELAÇÃO CRIME

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70007100902

COMARCA DE GRAVATAÍ

CELSO LOPES DE ALMEIDA,

APELANTE;

A JUSTIÇA,

APELADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, na conformidade do voto do Relator, em dar parcial provimento ao apelo para, confirmada a condenação, reduzir a 08 (oito) anos de reclusão a pena imposta ao acusado, estabelecendo o regime inicial semi-aberto para seu cumprimento, mantidas todas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Desembargadores Aramis Nassif, Presidente, e Amilton Bueno de Carvalho.

Porto Alegre, 17 de dezembro de 2003.

DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA,
Relator.



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

RELATÓRIO

DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA (RELATOR)

XXX, com 36 anos de idade, foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 214, combinado com os artigos 224, alínea “a”, 225, inciso II, e 226, inciso II, na forma do artigo 70, parágrafo único, todos do Código Penal e, nos moldes do artigo 1º da Lei n.º 8.072/90, pelo cometimento do fato delituoso, que assim veio descrito na exordial acusatória:

“Durante vários anos, até o mês de novembro de 1993, em dias e horários diversos, neste município, em Morungava, na rua Uirapuru, nº 70, o denunciado, mediante violência presumida e ameaças graves, constrangeu suas filhas Mara Elizete, Denise e Ana Paula de Oliveira Almeida, todas menores de 14 anos de idade, a permitir que com elas praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, esfregando o pênis na vagina entre as pernas das vítimas, sem, entretanto, desvirginá-las.”

A denúncia foi recebida em 07 de novembro de 1994 (fl. 02).

O denunciado, citado por edital (fl. 57), não compareceu à audiência de interrogatório, razão pela qual foi decretada sua revelia (fl. 59).

Após oferecimento de defesa prévia (fl. 60), instrução e prazos do artigo 499 do Código de Processo Penal, o réu foi localizado e citado (fl. 148 v.º).

Seguiu-se o feito com o interrogatório (fl. 125/126), oferecimento de defesa prévia (fl. 127), instrução, prazos do artigo 499 do Código de Processo Penal e apresentação de alegações finais pelas partes (fls. 170/177 e



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

178/181), sobrevindo, então, sentença (fls. 183/191), julgando procedente a ação penal, para condenar o réu como incurso nas sanções dos artigos 214, combinado com o artigo 226, inciso II, e artigo 71, parágrafo único, todos do Código Penal, ao seguinte apenamento:

A pena-base foi estabelecida em 07 (sete) anos de reclusão, a qual foi aumentada em 21 (vinte e um) meses, em face da majorante prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, e em dobro, pela continuidade delitiva, restando definitivamente fixada em 17 (dezessete) anos e (06) seis meses de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado.

A publicação do ato sentencial ocorreu em 19 de agosto de 2002 (fl. 191).

A defesa interpôs apelação (fl. 222). Nas razões, pugnou pela absolvição do condenado, defendendo as teses de negativa de autoria e insuficiência de provas. Alternativamente, requereu a redução da pena para o mínimo legal, a exclusão da aplicação do aumento previsto no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal e a concessão da progressão do regime de cumprimento da pena (225/232).

Contra-arrazoando, o Ministério Público pugnou pela manutenção do **decisum** fustigado (fls. 234/240).

Nesta instância, emitiu parecer o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Roberto Claus Radke, opinando pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 243/246).



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

É o relatório.

VOTOS

DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA (RELATOR)

Por entender que o panorama probatório foi adequadamente interpretado no julgado monocrático, estou mantendo a conclusão condenatória. E o faço pelos fundamentos oferecidos pela Dra. Ivortiz Marques Fernandes, Juíza de Direito, os quais, por abalados pelos argumentos recursais, vão adotados como razões de decidir e, a evitar inútil tautologia, são transcritos no que pertinem:

“...Trata-se de crime de atentado ao violento ao pudor cometido pelo pai contra as suas filhas.

Sendo o autor do fato pai das ofendidas, a ação pública é incondicionada consoante o art. 225, § 1.º, inciso II do Cód. Penal.

As certidões de nascimento de fls. 23, 24 e 25 comprovam a filiação.

O réu não era casado com a mãe da ofendidas.

As ofendidas eram menores de 14 anos de idade, consoante certidões de nascimento acostadas, presumindo-se a violência, consoante o disposto no art. 224, “a” do CP.

No tocante a materialidade, os autos de exame de conjunção carnal de fls. 14, 17 e 19, que informam que as vítimas são virgens.

Contudo, nem sempre o atentado violento ao pudor deixa vestígios, como aconteceu no caso em enfoque, em que o réu se limitou ao toque ou esfregar o pênis nas partes íntimas das vítimas, sem desvirginá-las.

O réu negou a autoria dos atentados violentos ao pudor contra as filhas, atribuindo as acusações à vingança de sua ex-mulher xxx, de quem se separou.

As vítimas xxx, xxx, e xxx, de forma coerente, tanto na fase policial como em juízo, confirmam os abusos sexuais sofridos do próprio pai, sendo que os fatos iniciaram quando tinham cinco ou seis anos de idade.



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

A denúncia contra o acusado foi feita perante o Promotor da Infância e Juventude, desta comarca, conforme termo de declarações de fl. 05, onde as ofendidas relatam que o réu esfregava o pênis entre as pernas e vagina e que isso ocorria há vários anos.

A ofendida xxx informa que: 'a depoente refere que desde os cinco anos de idade que o pai praticava atos libidinosos contra a mesma e isso ocorreu até os 13 ou 14 anos. Depois que a mãe saía para o serviço, porque ela trabalhava fora, o réu esfregava o pênis na vagina e pernas da depoente. O réu nunca manteve relações sexuais com a depoente. A mãe e a polícia ficaram sabendo porque xxx, que morava em Morungava e mais uma vizinha, denunciaram para a polícia. ... A depoente nunca comentou os fatos com a mãe, porque tinha medo do pai. A depoente não se dá com o pai desde que o fato foi denunciado. Refere que às vezes o pai tentava abusar de sua irmã xxx, que tinha nove anos de idade e a depoente ficava no lugar dela para 'POPÁ-LA'. Com xxx também ocorriam os fatos, mas com menos freqüência porque ela era a mais nova das filhas.'

Informa, ainda, que o pai dava algum dinheiro para que não contassem os abusos sexuais para a mãe e que proibia as vítimas de assistirem televisão ou de irem a escola, caso não cedessem aos atos libidinosos.

No mesmo sentido, o depoimento da vítima xxx, que também foi molestada sexualmente pelo pai. Contou que: 'A depoente refere que desde o dia em que nasceu sua última irmã, quando a mãe foi para o hospital ganhar a criança e a depoente ficou em casa com xxx que o réu passou a abusar sexualmente da mesma. Acha que tinha 5 ou 6 anos de idade quando iniciaram os fatos. Sua irmã mais nova nasceu em 1986. O réu esfregava o pênis na vagina e entre as pernas da depoente. Refere que nunca houve penetração. Ocorriam ejaculações nessas ocasiões e o réu mandava que a depoente 'fosse fazer xixi e tomar banho'. Até a data da denúncia ocorreram os abusos. Nunca contaram para a mãe porque o pai ameaçava matar a mãe e 'enterra-la nos matos'. Os abusos ocorriam a qualquer hora do dia, porque durante o dia a mãe não estava em casa.

Acrescenta, ainda, que 'xxx era quem sofria mais abusos. Ela assumia o lugar das outras irmãs para proteger as irmãs. ...No início dos abusos o réu oferecia dinheiro para as vítimas comprarem balas, para que cedessem'.



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

O depoimento da vítima xxx, também descreve o comportamento libidinoso do réu com as filhas. Disse que: 'Refere que tinha uns 7 ou 8 anos quando começaram os abusos sexuais praticados pelo pai e acorreram até a data da denúncia ao Promotor de Justiça. O réu baixava a calça da depoente e passava o pênis em sua vagina. Sempre 'que ele tinha oportunidade' ele fazia, não sabendo precisar quantas vezes por semana. O réu abusava da depoente, de xxx e de xxx, sendo que ele variava as vítimas. Isso ocorria sempre na ausência da mãe, quando ela ia trabalhar e as filhas ficavam sozinhas em casa. ...somente presenciou o pai abusar das irmãs xxx e xxx uma vez. As vezes o réu mandava a depoente fazer xixi e tomar banho após os abusos. O réu falou para xxx que iria esperar as vítimas completarem 18 anos de idade para fazerem 'relação completa'. Disse que não contaram para a mãe porque se sentiam coagida pelo réu porque ele dizia que ninguém ia acreditar se contassem.'

A mãe das ofendidas xxx disse que desconhecia a ocorrência dos abusos sexuais praticados pelo réu, pois as filhas nada lhe confiaram. Disse que ficou sabendo do ocorrido, quando vizinhos denunciaram o réu.

A testemunha xxx disse que era Presidente da Associação de Moradores e foi procurado pela mãe das vítimas e as encaminhou ao Dr. Promotor de Justiça. Relatou que: 'foi procurado pela mãe das vítimas e ela relatou que o pai estava abusando sexualmente de suas filhas e que o pai 'torturava' as meninas com uma televisão, ou seja, para que as meninas permitissem que ele fizesse o que quisesse com elas sob pena de não deixar elas verem televisão. As vítimas tinham 13, 14 e 15 anos e eram 3 meninas. ...Não sabe a quanto tempo o pai estava abusando sexualmente das meninas 'mas há um tempinho havia um zumzum na comunidade que o pai abusava das meninas'.

A testemunha xxx confirma que ouviu 'boates [leia-se: boatos] que o réu estava abusando sexualmente das filhas, mas efetivamente nada presenciou. Disse que as vítimas nada comentaram com a depoente a respeito dos fatos'.

Assim, a débil negativa de autoria sustentada pelo réu não tem o poder de abalar a prova produzida, mormente quando as três filhas do réu relatam detalhadamente os abusos sexuais cometidos pelo réu, que esfregava seu pênis nas pernas e vagina das vítimas, sem ter havido penetração. Relatam que esses fatos ocorreram por vários anos e que o réu aproveitava a ausência da mãe das vítimas para praticar os atos libidinosos.



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

A alegação de que a denúncia foi motivada por vingança de sua ex-mulher xxx não procede, pois ela desconhecia os fatos.

Ademais, importante salientar que o réu aproveitava-se da ausência da mulher, para praticar ato libidinosos contra as filhas, mediante recompensa em dinheiro, ou eventual proibição de ver televisão, para que cedessem aos seus atos lascivos, fato conhecido pela testemunha xxx.

Merece inteira credibilidade a palavra das vítimas, mormente quando não demonstrado que tivessem qualquer interesse em incriminar injustamente o réu, que e o próprio [pai] das ofendidas. Aliás mesmo vários anos do ocorrido, relatam de forma coerente, os abusos sexuais que eram submetidas pelo próprio genitor.

Desnecessária a discussão quanto ao dissenso das vítimas as investias sexuais do réu, já que os fatos ocorriam na ausência da mãe, eram crianças de cinco ou seis anos, que não tinham como se opor aos atos abusivos, provavelmente pelo temor que lhes causava o pai. Ademais, a violência ,nestes casos, e presumida, em razão de as vítimas serem menores de 14 anos sem capacidade para consentir.

O réu é pai das vítimas e aproveitou-se da ascendência que possuía sobre elas para vencer a resistência e praticar os atentados violentos ao pudor.

Deste modo, diante da prova produzida prevalece as declarações das vítimas, sem dúvida, sobre a isolada inadmissão de responsabilidade pelo réu.

Nesse sentido reiterado o entendimento da jurisprudência:

'Atentado violento ao pudor - No atentado violento ao pudor, crime de natureza clandestina, pela dificuldade na obtenção de prova direta do atentado, dá-se grande relevância às declarações da vítima se forem harmônicas e encontrem apoio nos autos.' (RT 719/478).

Por fim, os abusos sexuais foram cometidos por vários anos contra as ofendidas, pois as vítimas informam que desde os cinco ou seis anos que o réu vinha abusando sexualmente delas e somente cessaram com a denúncia ao Promotor de Justiça.

Assim, comprovada a autoria e materialidade e não havendo causa que isente o réu de pena, procede a ação penal..." (fls. 184/190).

Acrescento:



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

As narrativas das ofendidas, ao inverso do anunciado pela defesa, não são contraditórias, mas sim harmoniosas e complementares entre si, erguendo-se como prova bastante a ancorar juízo de reprovabilidade, até porque nenhum motivo apresentou o acusado a justificar que suas filhas, após quase uma década da comunicação dos abusos ao Dr. Promotor de Justiça (fls. 05/06), continuem o acusando das práticas libidinosas descritas na denúncia. E a alegação de que tudo foi invenção da ex-mulher, por não aceitar a separação, até pelo tempo decorrido, fica insustentável.

A condenação era, pois, imperativa e vai confirmada.

O apenamento, no entanto, comporta alguns ajustes.

É que, ao meu sentir, o exame das balizadoras judiciais não autorizava, porque tudo ficou dentro da normalidade - considerado, modo específico, o tipo delituoso em exame (abuso sexual infanto-juvenil, no ambiente familiar) -, o deslocar das penas-base do mínimo legal. O réu é primário e sem antecedentes. Os traços de desajustes em sua personalidade foram afirmados não com suporte em avaliação científica - até porque ausentes dos autos elementos a isto permitir -, mas a partir do delito cometido, o que é equivocado. A culpabilidade situou-se dentro do ordinário - o dever de proteger a sexualidade das filhas é situação que se comunica com a majorante prevista no inciso II do artigo 226 do Código Penal; sua valoração, também aqui, importaria em vedado *bis in idem*; consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa são situações inerentes aos crimes dolosos em geral -. Os motivos, circunstâncias - a ascendência sobre as ofendidas é outra situação que se comunica com a majorante admitida - e conseqüências não escaparam do comum. As vítimas em nada contribuíram para os fatos. Redimensiono em 06 (seis) anos de reclusão a pena-base.



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

Depois, o longo e injustificado tempo de tramitação do processo - a denúncia foi recebida em 07.11.1994 (fls. 02) e a sentença só foi publicada quase oito anos depois, em 10.08.2002 (fls. 191) -, somado ao fato do apelante não ter se envolvido em outro episódio criminoso (fls. 165), ao meu juízo, se exhibe como circunstância relevante, posterior ao delito, a configurar a atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal.

Aqui, ponderei dois aspectos:

Um, que a excessiva duração da demanda penal, como na espécie presente, por culpa exclusiva do aparelho judicial, viola direito fundamental do homem - o de ter um julgamento rápido (artigo 1.º da Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia) -, pelo que tal situação deve ser valorada no momento da individualização da pena. Aliás, já há na jurisprudência europeia decisões no sentido de atenuar o apenamento, em razão da exorbitante duração do processo criminal (ver Daniel R. Pastor, *in* “EL PLAZO RAZONABLE EN EL PROCESO DEL ESTADO DE DERECHO”, pág. 177/180).

Dois, se a pena tem na prevenção e retribuição seus objetivos, é de se concluir que, na hipótese, a finalidade preventiva restou atendido só pelo moroso tramitar da lide penal - sem sentido se falar em prevenção de novos delitos, quando, durante os quase oito anos de “andamento” do processo, o apelante não cometeu nenhum novo crime -. E se isto aconteceu, evidente que, em respeito ao princípio da proporcionalidade e necessidade, tal deve refletir na definição do apenamento a ser imposto ao acusado.

A redução pela atenuante é de 01 (um) ano, com o registro de que a Câmara, forma unânime, pelos argumentos alinhados pelo Des. Amilton Bueno de Carvalho, *in* Julgados do TARGS 100/143¹, reiteradamente, tem manifestado o entendimento de que as circunstâncias atenuantes - por expressa



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

obediência ao disposto no **caput** do artigo 65 do Código Penal, que nenhuma restrição encontra no texto da lei -, **sempre** incidem sobre a pena-base, ainda que para reduzi-la a quantitativo inferior ao mínimo legal².

O acréscimo de 1/4 (um quarto), em razão da majorante prevista no inciso II do artigo 226 do Código Penal - o réu é pai das vítimas (fls. 23/25) -, vai mantido.

E, em razão da admitida continuidade delitiva, a pena vai aumentada para 08 (oito) anos de reclusão - apesar dos crimes alcançarem três vítimas distintas, a violência foi presumida e nas múltiplas práticas delitivas o acusado as revezava -, tornando-se definitiva neste **quantum**, devendo ser cumprida no regime inicial semi-aberto, porque, não obstante o novo entendimento adotado pela Corte Maior, a partir do julgamento do HC 81288, em 17.12.2001, ainda predomina nessa e em outras Câmaras Criminais dessa Corte - Agravo n.º 70003855335³ e Apelação Crime n.º 70003708054⁴ -, a orientação de que pela redação do artigo 1.º, incisos V e VI, da Lei n.º 8.072/90 (arts. 213 e 214 combinado com o art. 223, **caput** e parágrafo único), o estupro e o atentado violento ao pudor só são crimes hediondos quando a vítima conhece de lesão corporal grave ou morte, o que não é o caso dos autos.

Com estas considerações, dou parcial provimento ao apelo para, confirmada a condenação, reduzir a 08 (oito) anos de reclusão a pena imposta ao acusado, estabelecendo o regime inicial semi-aberto para seu cumprimento, mantidas todas as demais cominações da decisão singular.

É o voto.

DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (REVISOR) - De acordo.



LGSM
Nº 70007100902
2003/CRIME

DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE) - De acordo.

¹ "...A doutrina e a jurisprudência tradicionais têm pacificado que as atenuantes não podem fazer com que a pena venha abaixo do mínimo. No entanto, tem surgido, nos últimos tempos, pensamento que segue a linha oposta.

A possibilidade é admitida pelos doutrinadores James Tubenchlak ('RF', 312, pp. 15/17), Agapito Machado ('RT', 647/389), Miguel Loebmann ('RT', 676/390), Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior (IBCCrim., 'Boletim Jurisprudência', setembro de 1994), Luiz Vicente Cernicchiano ('Tribuna Judiciária', agosto de 1995, p. 09) e Mirabete (sem se definir admite a defensabilidade da tese - 'Manual de Direito Penal', 2ª ed., 1º/303). Na jurisprudência, há acórdão da 3ª Crime do TJSP, n.º 140.380-3, *in Lex* n.º 150, pp. 290/293, jurisprudência do TJESP.

E a argumentação basicamente é a seguinte: não há proibição legal (ao contrário da vigência do art. 48 do CP, em extensão analógica): o art. 68 do CP determina a obrigatoriedade de se considerar as atenuantes (logo, sempre): há exigência isonômica quando dois réus mereçam pena mínima e um deles tem a favor, ainda, outra atenuante: o art. 65 também aponta e 'sempre' atenuará a pena; e o não-reconhecimento fere o princípio individualizador da pena.

Por outro lado, o entendimento tradicional carece de maior fundamentação, está, segundo Dyrceu, assentado na 'comodista posição de repetidos julgados que se firmam mais na notoriedade que em sólida fundamentação'. Por exemplo, Damásio diz que o sempre previsto em lei não quer dizer obrigatório. logo, para ele, sempre não é sempre, é eventualmente ("Comentários ao Código Penal", 1995, 2º/661)...".

² Neste sentido, em que pese o enunciado da Súmula, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Penal. Pena. Individualização. Pena-base. Grau mínimo. Circunstância atenuante. Incidência. Redução abaixo do mínimo legal.

No processo trifásico de individualização da pena é possível sua fixação definitiva a baixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante, em face da regra imperativa do art. 65, do Código Penal, que se expressa no comando literal de que tais circunstâncias **sempre atenuam a pena.**

Habeas-Corpus concedido". (HC. n.º 9.719, 6ª Turma, Min. Vicente Leal, relator para o acórdão, julgado em 30.06.99, com os grifos do original).

³ **"CRIME HEDIONDO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR MAJORADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DA LEI 8.075/90. COMUTAÇÃO. POSSIBILIDADE.**

Os delitos de estupro e atentado violento ao pudor recebem a classificação de crime hediondo somente quando da violência decorre lesão grave ou morte, motivo pelo qual, no caso presente, a comutação de pena faz-se possível.

Recurso parcialmente provido, por maioria." (5.ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, julgada em 27.02.2002).

⁴ **"APELAÇÃO CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM SUA FORMA FUNDAMENTAL. AUTORIA. PROVA. HEDIONDEZ. INOCORRÊNCIA. PREJUDICIALIDADE. ADVOGADO DATIVO. VERBA HONORÁRIA.**

... A interpretação da lei em desfavor do réu deve ser sempre restritiva, razão pela qual a hediondez nos crimes estupro e atentado violento ao pudor somente tem incidência quando resultarem lesão grave ou morte da vítima. Ao depois, não sendo o homicídio simples, que visa a proteger o bem maior - vida - caracterizado como hediondo, razão não há, à luz do princípio da proporcionalidade, em conceituar o atentado violento ao pudor e o estupro em suas formas fundamentais com o rótulo da hediondez.

...À unanimidade, deram parcial provimento ao recurso da defesa a fim de afastar a qualificação do crime como hediondo, julgaram prejudicado o recurso do Ministério Público, e, de ofício, afastaram a verba honorária estabelecida ao defensor dativo. (8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Roque Miguel Fank, julgada em 20.02.2002).

Julgadora de 1º Grau: Dra. Ivortiz Tomasia Marques Fernandes