

Penal, Processual Penal e Constitucional. Recurso de Apelação. Art. 214 c/c artigo 224 alínea "a" ambos do Código Penal. Preliminares de nulidade do feito por deficiência de representação da vítima e aumento de pena em sede de embargos de declaração. A primeira a ser rejeitada por duplo fundamento: i) os delitos de estupro e atentado violento ao pudor possuem natureza hedionda, não mais se exigindo, face aos novos postulados constitucionais, representação da vítima para a deflagração da persecutio criminis in iudicio. Não recepção do § 2º do artigo 225 do Código Penal pela Constituição Federal de 1988; ii) Possibilidade de representação do menor por tios, avós, ou pessoas que detenham a sua guarda de fato. A segunda a merecer acolhida. Equivocado alcance dado ao disposto no artigo 382 do Código de Processo Penal. Impossibilidade de o juiz monocrático extravasar o âmbito de incidência dos embargos de declaração para ampliar édito condenatório, eis que esgotada sua jurisdição. No mérito. Descabida a pretensão absolutória frente à existência de um conjunto probatório harmônico a demonstrar a materialidade e a autoria do crime. Causa de aumento previsto no artigo 9º da Lei nº 8072/90. Impossibilidade. Ausência de lesão corporal grave ou morte indispensáveis para a aplicação da majorante. Incidência da agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h" do Código Penal. Impossibilidade. Bis in idem caracterizado. Recurso que deve ser parcialmente provido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

4ª CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 2009.050.02940

RELATORA: Desembargadora GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA

APELANTE: DIODINO TOMÉ DE SOUZA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Eminentemente Relator,

Egrégia Câmara:

DIODINO TOMÉ DE SOUZA foi condenado pelo Juízo de Direito da Vara

Criminal da Comarca de Magé pelo cometimento da conduta prevista no artigo 214 c/c artigo 224, alínea *a*, ambos do Código Penal, à **pena de 16 (dezesseis) anos e 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**, em regime inicialmente fechado. (fls. 181/184 e 191).

Irresignada, interpõe a Defesa Técnica o presente recurso de **Apelação**.

Em suas razões de fls. 201/215, pugna, preliminarmente, pela nulidade do processo a partir da representação, bem como, sustenta o descabimento dos embargos de declaração com objetivo de reconhecer a causa de aumento prevista no artigo 9º da Lei nº 8072/90. No mérito, pleiteia pela absolvição por insuficiência de provas, e, subsidiariamente, pela retirada da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea *h* e da majorante descrita no artigo 9º da Lei 8.072/90.

Contra-razões ministeriais pugnam pelo desprovemento do apelo defensivo. (fls. 216/222)

É o Relatório.

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade **objetivos** (cabimento, adequação, tempestividade, regularidade procedimental e inexistência de fato modificativo ou impeditivo do direito de recorrer) e **subjetivos** (sucumbência e legitimidade).

PRELIMINARES:

Antes do exame das preliminares suscitadas pela Defesa Técnica, pedindo vênias à ilustre Desembargadora Relatora pelo eventual excesso na argumentação, mister que se faça uma abordagem a respeito da constitucionalização do Direito, após a entrada em vigor da Constituição de 1988 e, em especial do Direito Processual, para que se possa avaliar nossa posição no enfrentamento das intrincadas questões processuais.

De início, vale registrar que o Estado Democrático de Direito, constitucionalmente aferido a partir da nova ordem constitucional, provocou uma verdadeira revolução no que tange à interpretação das normas jurídicas. Sem dúvida, o contramajoritarismo foi instaurado a partir de uma jurisdição constitucional mais efetiva, impondo freios ao legislador. É que o conteúdo dirigente e compromissário das normas constitucionais estabelece a necessidade de uma nova abordagem de todo o sistema jurídico, com o objetivo de delimitá-lo aos princípios e diretrizes da Lei Maior. Portanto, o exame da constitucionalidade das leis não deverá prender-se aos aspectos formais, mas, sobretudo, a sua vertente material, ou, dito de outra maneira a verificar se a norma está em sintonia com as luzes lançadas sobre todo o sistema pelos holofotes das normas constitucionais.

Esse fenômeno que obriga uma releitura de todo o Direito a partir da Constituição assegura a esta última a qualidade de fonte de direito a ser

perseguida pelos operadores jurídicos, em especial, aqueles que em nome do Estado exercem o Poder Jurisdicional. É justamente neste contexto, por exemplo, que o direito privado não mais se contrapõe ao público, uma vez que as relações privadas estão horizontalmente submetidas aos denominados direitos fundamentais.

Nesse passo, e na esteira do pensamento de alguns autores de escol, é que vislumbro a possibilidade de se modificar o olhar sobre o papel do Estado nas sociedades modernas. Com efeito, se antes, sob o império de um regime liberal/individualista, o Estado era considerado opositor das liberdades, agora, sob nova roupagem constitucional, pode ser adjetivado de amigo dos direitos fundamentais. Daí se falar hodiernamente não só na proteção negativa dos direitos fundamentais (proteção contra o arbítrio), mas também na proteção positiva, ou melhor, contra eventuais insuficiências da legislação estatal para consecução de seus objetivos.

Assim sendo, partindo do pressuposto de que todas as normas da Constituição, mesmo as programáticas, têm eficácia, impondo ao intérprete a tarefa de buscar a finalidade do texto da Lei Fundamental, é que observo a real necessidade de uma releitura do Direito Penal e Processual Penal tendo como bússola a Constituição. Daí que, se de um lado há excesso por parte do legislador (criminalização de condutas insignificantes ou valorização equivocada de determinados bens jurídicos) dando ensejo ao denominado "garantismo"; de outro, há em determinadas circunstâncias a constatação de uma proteção deficiente. Logo, não há como se evitar um controle de constitucionalidade de todas as normas do sistema penal a englobar as novas técnicas de hermenêutica (não recepção da norma, interpretação conforme, nulidade parcial sem redução de texto etc.). Tudo em nome do princípio da legalidade, com objetivo, repita-se, de assegurar os parâmetros de um Estado Democrático e Social de Direito.

Portanto, se o Estado deve perseguir com seu arsenal maior, isto é, as normas penais, a delinquência que impede a concretização dos direitos fundamentais, forçoso admitir que o Direito Processual Penal (instrumental sem o qual o Direito Penal fica desprovido de eficácia) precisa estar aparelhado para garantir maior eficácia à tutela jurisdicional, uma vez que, sem ela, o titular do direito não disporá da proteção adequada. Assim sendo, a tutela jurisdicional, para mais de uma garantia, pode ser considerada um verdadeiro direito fundamental a assegurar à própria dignidade humana.

Calha assinalar, por oportuno, aderindo-se ao pensamento do professor Leonardo Greco¹ que: "... O processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das

1. GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do processo: o processo justo, *Juris Poiesis*, Revista da Universidade Estácio de Sá, n. 6, ano 7, Rio de Janeiro, 2004, p. 3 e 4

partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo. Afinal, o processo judicial de solução de conflitos se insere no universo mais amplo das relações entre o Estado e o cidadão, que no Estado de Direito Contemporâneo deve subordinar-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante o disposto no artigo 37 da Constituição que não sem razão, se refere a tais princípios como inerentes a quaisquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Impende, ainda, assinalar que o jurisdicionado tem o direito de ver seus conflitos apreciados pelo Poder Judiciário, mas este somente será satisfeito se a prestação jurisdicional for efetivada por meio de decisões claras, completas e coerentes internamente. Explicitando melhor, a releitura do direito processual tendo por norte as normas constitucionais não pode deixar de ser realizada com o máximo cuidado, evitando-se os riscos de erosão de todo o sistema de normas técnicas indispensáveis ao desenvolvimento do processo. É neste contexto que, ao lado da inafastabilidade do controle jurisdicional, os princípios constitucionais forjam o conteúdo da garantia constitucional do devido processo legal, ou de outra maneira, da tutela jurisdicional como garantia fundamental.

Destarte, é com este olhar que passaremos a analisar as preliminares invocadas pela Defesa Técnica do ora apelante.

Em primeiro plano, sustenta a Defesa Técnica que a representação ofertada pela avó paterna da vítima não tem validade, eis que a mesma seria portadora de doença mental, bem como, pelo fato de que a representação deveria ter sido ofertada pelos pais do menor.

No entanto, pensamos não assistir razão aos argumentos invocados.

É que, diante do quadro acima traçado, pensamos que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor praticado contra incapaz, caracterizadores de uma violência sexual, correspondem a um virulento ataque aos Direitos Humanos, conforme diversas disposições contidas em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Logo, devem ser classificados como crimes de natureza hedionda, insculpados na maior escala de reprovabilidade de todo o sistema.

Por sua vez, a legislação infraconstitucional estabelece que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor são, via de regra, de iniciativa privada. Todavia, se a vítima for pobre, a iniciativa para deflagração da ação penal passa a ser pública condicionada à representação. E, finalmente, se houver emprego de violência real, a jurisprudência tem admitido que a ação passa a ser pública incondicionada.

Sem embargo, no atual quadro constitucional brasileiro parece não mais haver espaço para a ação de iniciativa privada ou mesmo a exigência de representação em delitos de natureza hedionda, impondo-se, com a devida vênia, uma alteração da interpretação sobre as normas penais e processuais relativas à matéria.

Ora, se o legislador reconheceu a natureza hedionda de tais delitos não se afigura razoável que a iniciativa pública para o início da deflagração de ação penal seja deslocada para um segundo plano, ou caminhando mais um pouco, para ainda se reconhecer tais delitos como de ação penal privada. Aliás, abra-se um parêntese para dizer que o novo estatuto repressivo que está tramitando no Congresso Nacional expurga do sistema a ação penal de iniciativa privada.

Dáí nosso posicionamento no sentido de que o § 2º do artigo 225 do Código Penal não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, ou seja, os antigos dispositivos do Código Penal de 1940 são incompatíveis com a norma constitucional. É que sob o prisma constitucional antecedente, à luz de um sistema liberal/individualista, afigurava-se lógico que os delitos contra os costumes fossem de iniciativa privada, preservando-se a honra e a intimidade da mulher e da própria família. Porém, atualmente, abeberado em novas fontes sistêmicas, a caracterizar um Estado Democrático de Direito, com a Constituição elencando crimes de natureza hedionda e atribuindo ao Ministério Público privativamente a iniciativa da ação penal pública (artigo 129 inciso I da CF), não se vislumbra mais razão para deixar ao alvedrio do particular esta tarefa. É justamente neste ponto que incide o princípio da proibição da proteção deficiente a exigir nova interpretação das leis penais, objetivando proteger direitos fundamentais da mulher ou da própria família, corolário do princípio fundamental da dignidade humana.

Mais uma amostra disso tudo foi a recente edição da Lei nº 11340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, que previu a iniciativa pública incondicionada para ação penal relativa a crimes de lesões corporais, mesmo de natureza leve, praticados contra mulher, abolindo de vez a necessidade de representação da vítima.

Portanto, à luz de toda a argumentação acima, pensamos que nos delitos contra os costumes, mais precisamente o estupro e o atentado violento pudor, cuja natureza hedionda já foi, inclusive, reconhecida por decisões da mais alta Corte do país, não há mais que se exigir representação da vítima para o início da *persecutio criminis in iudicio*. Esse posicionamento está a merecer análise por parte desta e. Câmara. Assim, torna-se evidente a necessidade de se prequestionar a matéria em face da possibilidade de interposição de recurso de natureza constitucional.

Por outro lado, não sendo este o entendimento deste e. órgão fracionário, o que se admite apenas para argumentar, verifica-se que doutrina e

jurisprudência têm admitido a representação do menor por tios, avós, irmãos ou pessoas que detenham sua guarda, ainda que de fato.

No caso em apreço, a representação é válida posto que a avó paterna da vítima é quem tem a guarda de fato do menor (registro de ocorrência, fls. 06). Portanto, é esta o parente responsável pela subsistência e proteção do incapaz. Assinale-se, pois, que embora não seja a ascendente mais próxima do menor, a avó é a sua representante legal.

No que se refere à alegada doença mental da representante, a Defesa não trouxe aos autos provas aptas a confirmar sua tese. Ademais, a Lei não exige forma específica para a representação. Basta que haja declaração inequívoca de que deseja a apuração da responsabilidade do autor do delito.

Sobre o tema, colacionamos os seguintes julgados:

“PROCESSUAL PENAL. REPRESENTAÇÃO. VALIDADE. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA. CRIMES CONTRA OS COSTUMES. NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES, ADMITE-SE A REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR PESSOA QUE, DE QUALQUER FORMA, SEJA RESPONSÁVEL PELO MENOR, AINDA QUE MOMENTANEAMENTE.

“A FINALIDADE DA REPRESENTAÇÃO NÃO É ACAUTELAR OS INTERESSES DO REU EM FICAR IMPUNE, MAS OS DA OFENDIDA E DE SUA FAMÍLIA, QUE PODEM PREFERIR O SILENCIO AO ESTREPITUS JUDICII.” (RTJ 61/343). RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO”. (grifou-se) (STJ, REsp 28.653/SP, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/1994, DJ 20/06/1994 p. 16111)

“EMENTA - CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO QUE SE REJEITA - VÍTIMA CUJA MISERABILIDADE JURÍDICA É DEMONSTRADA ATÉ PELAS CONDIÇÕES EM QUE VIVE EM COMUNIDADE CARENTE - GUARDA DE FATO DA VÍTIMA MENOR EXERCIDA PELA AVÓ PATERNA QUE, TOMANDO CONHECIMENTO DO FATO CRIMINOSO, DIRIGIU-SE IMEDIATAMENTE À DELEGACIA POLICIAL, DO QUE RESULTOU A PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE - REPRESENTAÇÃO QUE INDEPENDE DE OUTRAS FORMALIDADES - É VÁLIDA A REPRESENTAÇÃO QUANDO FEITA POR PESSOA QUE DETÉM A GUARDA DE FATO DA VÍTIMA, AINDA QUE MOMENTANEAMENTE - NOS CRIMES TRANSEUNTES A MATERIALIDADE PODE SER PROVADA POR ELEMENTOS OUTROS, SENDO IRRELEVANTE SEREM NEGATIVOS OS LAUDOS TÉCNICOS, EIS QUE SE TRATA DE DELITO QUE NÃO DEIXA VESTÍGIOS - PROVA QUE SE FAZ ATRAVÉS DE

DEPOIMENTOS E DOCUMENTOS OUTROS - AUTORIA ABSOLUTAMENTE COMPROVADA - PALAVRA DA VÍTIMA RELEVANTE VALOR EM CASOS COMO O PRESENTE QUE, EM REGRA, OCORREM À SORRELFIA, NA AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS DE VISO - RELATÓRIO PSICOSSOCIAL E DEPOIMENTOS A CORROBORAREM A PALAVRA DA VÍTIMA ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO CARACTERIZADO - AGIR CRIMINOSO LIVRE E CONSCIENTE - NEGATIVA DE AUTORIA POUCO CRÍVEL E QUE RESTOU ISOLADA - FORMA TENTADA DO CRIME COMPROVADA, INCLUSIVE, PELO DEPOIMENTO DA VÍTIMA - REDUÇÃO PELA TENTATIVA QUE SE PROCEDE EM CONSONÂNCIA COM O ITER CRIMINIS PERCORRIDO INEXISTINDO PROVA DA EXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA REAL, INAPLICÁVEL O DISPOSTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90 - REJEIÇÃO DA QUESTÃO PRÉVIA - PARCIAL PROVIMENTO DO APELO VOLUNTÁRIO DEFENSIVO, TÃO SOMENTE PARA EXCLUIR A MAJORANTE DO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90, MANTIDA NO MAIS A SENTENÇA - PENA FINAL FIXADA EM 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO A SER CUMPRIDA EM REGIME SEMI-ABERTO - EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO” (grifou-se) (TJRJ, 2008.050.02996 - APELACAODES. ANTONIO JOSE CARVALHO - Julgamento: 29/09/2008 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL).

“HABEAS CORPUS PREVENTIVO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA (VÍTIMA COM SÍNDROME DE DOWN). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. DECADÊNCIA. HIPÓTESE DE AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE DA VÍTIMA. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA E DE CRIME IMPOSSÍVEL. QUESTÕES QUE DEMANDAM DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Na hipótese, destacou o Tribunal Catarinense que a exordial acusatória não padece de qualquer nulidade, estando alicerçada em elementos indiciários idôneos quanto à prática do crime de atentado violento ao pudor pelo paciente. São descritos os fatos e todas as suas circunstâncias, permitindo o exercício amplo do direito de defesa; dessa forma, não pode ser trancada a Ação Penal por inépcia da denúncia.

2. O caso é de ação pública condicionada, pois restou comprovada a condição de pobreza do ofendido. Foi oferecida a **representação pelos representantes legais da vítima, que, consoante jurisprudência pacífica desta Corte, independe de formalismo, bastando a manifestação inequívoca da vontade de ver responsabilizado o autor do suposto crime.**

3. Improcede a alegação de decadência quando a representação dos responsáveis pelo ofendido for apresentada tempestivamente, tão logo tomaram conhecimento da autoria do crime.

4. Na esteira de entendimento firmado neste Superior Tribunal, o Habeas Corpus não se presta para averiguação de alegações de inocência ou atipicidade da conduta, quando as teses demandam dilação probatória, sabidamente incompatível com o rito célere do mandamus, que exige prova pré-constituída do direito alegado. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada". (grifou-se) (STJ, HC 92.843/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 02/02/2009)

Destarte, seja pela ótica da não recepção da norma infraconstitucional, seja pela via da impugnação à representação não há que se falar em nulidade do processo.

A segunda preliminar invocada pela Defesa Técnica prende-se ao fato do juiz monocrático ter aumentado a pena do ora apelante, em sede de embargos de declaração, interpostos pelo órgão ministerial, tendo em vista o reconhecimento do caráter hediondo da conduta descrita na peça vestibular, aplicando, pois, o disposto no artigo 9º da Lei nº 8072/90 – Lei dos Crimes Hediondos.

O exame da difícil questão processual invocada impõe ao intérprete um conhecimento prévio a respeito da causa de pedir no Processo Penal, identificada com a imputação. Com efeito, tratando-se de ação penal condenatória, o seu exercício pressupõe a formulação de uma acusação, que, por sua vez, se compõe de dois elementos: a imputação e o pedido de condenação. Portanto, é a imputação que deverá fixar o *thema decidendum*, ou seja, a própria extensão da prestação jurisdicional.

Destarte, na esteira do pensamento do professor Tourinho Filho, o órgão ministerial pede a condenação do réu, e para fazê-lo, deve imputar a prática de um crime. Daí a afirmativa no sentido de que o fato criminoso é a razão do pedido de condenação, vale dizer, a causa de pedir.² Portanto, a imputação é a atribuição ao réu da prática de determinada conduta típica, ilícita e culpável, acompanhada de todas as circunstâncias jurídicas relevantes.

Sublinhe-se, portanto, ante a imperiosa necessidade para o exame da questão, que a natureza hedionda do delito não faz parte, necessariamente, da imputação, eis que não corresponde à matéria de fato. Traduz-se, na realidade, em fundamento jurídico do pedido passível de ser feito pela parte no curso da própria ação e também pelo juiz, que tem o dever de fazê-lo como

2. Processo Penal, São Paulo, 1982, Saraiva, 6ª edição, vol 1, p. 335.

regra geral, em face do conhecido princípio *da mihi facti, dabo tibi jus*. Observe-se, inclusive, que se trata de matéria de ordem pública.

No caso em apreço o Ministério Público, ao oferecer sua peça inaugural, bem como durante toda a tramitação do feito, não requereu fosse reconhecida a qualidade de crime hediondo em relação aos fatos que imputou ao ora apelante. Por outro lado, o d. magistrado, por ocasião da prolação da sentença, também quedou-se inerte em relação ao reconhecimento da natureza hedionda do crime, somente suprindo o déficit por ocasião de nova decisão proferida em sede de embargos de declaração, aumentando, por conseguinte, a pena imposta.

Penso, não obstante reconhecer que os fatos imputados na exordial possuem natureza hedionda, que decisão está eivada de nulidade. Primeiramente, porque a interpretação das normas processuais, à luz das garantias constitucionais, não pode supervalorizar as últimas em detrimento de todo um sistema de normas técnicas que dão sentido ao devido processo legal e, também, em razão do equívocado alcance dado ao comando legal do artigo 382 do Código de Processo Penal.

Cumprir registrar, que por força do disposto no artigo 382 do Código de Ritos o manejo do recurso de embargos de declaração pode ser efetivado contra todo provimento jurisdicional em qualquer grau de jurisdição, posto que inconcebível ficar sem remédio uma decisão obscura, contraditória, ambígua ou omissa.

Entretanto, ao dispor desta maneira não quis o legislador afrontar aquilo que Eduardo Espínola deixou assinalado ao lecionar que: *"... um dos princípios sempre observados, intransigentemente no processo é o da impossibilidade de introduzir o juiz qualquer alteração na sentença, após a publicação desta em mão do escrivão"*.³ Logo, é possível afirmar que a intenção do legislador foi a de somente assegurar às partes um antídoto contra decisões obscuras, incertas e impuras, que, em última análise, ofendem a garantia constitucional à jurisdição. Todavia, a interpretação das normas processuais que germinaram tal possibilidade não pode ser realizada de forma extensiva, a ponto de possibilitar uma ampliação ou restrição da matéria julgada.

Eis o motivo pelo qual penso que na presente hipótese os embargos de declaração não podem ter efeitos infringentes em relação ao julgado. Portanto, não devem modificá-lo, isto é, nem ampliá-lo nem reduzi-lo, mas apenas elucidá-lo, tornando claro seu alcance e seus fundamentos.

Na lição deixada pelos festejados mestres Frederico Marques⁴ e Pontes de Miranda⁵ parece restar evidente o alcance do recurso. Confira-se:

3. Código de Processo Penal Brasileiro, v. 4/76

4. Elementos de Direito Processual Penal, v. IV/312

5. Conforme José Frederico Marques em obra e pags. Citadas.

"... se os embargos forem providos, a nova decisão se limitará a corrigir a obscuridade, omissão ou contradição... Isto significa que o juiz dos embargos não pode ir além do que o recurso permite, transmudando reexame declaratório em infringência do julgado. A decisão dos embargos não elimina a decisão recorrida, porquanto constitui apenas 'um pronunciamento integrativo-retificador'".

"... A sentença nos embargos de declaração não substitui a outra, porque diz o que a outra disse. Nem pode dizer algo menos, nem diferente, nem mais. Se o diz foi a outra sentença que o disse".

Deste modo, o disposto no artigo 382 do Código de Processo Penal permite apenas ao juiz realizar o saneamento das imperfeições, que, sem embargo, só podem ser reformuladas na segunda instância por intermédio do recurso competente. Conclui-se, pois, que não é permitido ao juiz alterar a decisão, eis que esgotada sua atividade jurisdicional.

Considerando que a aplicação do artigo 9º previsto na Lei dos Crimes Hediondos reflete-se em qualificação jurídica do fato, implicando em aumento da reprimenda imposta, com a devida vênua, seu eventual reconhecimento só poderia ser realizado pela segunda instância por ocasião do recurso de apelação, que não foi interposto pelo órgão ministerial.

A jurisprudência sobre o tema ora em análise parece harmônica com este pensamento, ou seja, no Processo Penal não tem admitido o efeito infringente dos embargos com o objetivo de aumentar a pena. Neste sentido destacam-se os seguintes julgados: RT 559/307, 609/352, 613/327, 617/292, 622/309, 528/371.

Enfim, extravasou o juiz de primeira instância o âmbito de incidência e de alcance dos embargos declaratórios, eis que ampliou a sentença anteriormente proferida, em momento processual no qual já tinha esgotado sua jurisdição. Assim sendo, não tendo o órgão ministerial interposto o recurso competente para tal finalidade, restou configurado o vício apontado devendo ser afastada a causa de aumento de pena acima identificada.

MÉRITO

Não assiste razão ao apelante em seu pleito absolutório.

Compulsando os autos, verifica-se que há provas suficientes de autoria e da materialidade a ensejar o decreto condenatório.

A materialidade restou demonstrada pelo laudo técnico de fls. 16, que atestou uma escoriação em fase de cicatrização no ânus da vítima, confirmando o abuso sexual. A autoria restou comprovada pela prova oral colhida nos autos.

Em crimes contra os costumes, especialmente os praticados em âmbito familiar, a palavra da vítima deve ser considerada fundamental para a convicção do magistrado.

O estudo psicológico de fls. 86/87 concluiu que a vítima tem comportamento de criança vítima de abuso sexual e violência psicológica. A psicóloga narrou que a vítima pronunciou *“não gosto do vovô ele é mal, brinca com o pipico, bate, machuca a bochecha de Anderson (sic)”*.

A avó paterna do menor narrou em seu depoimento que vinha notando alterações no comportamento do neto, que reclamava de dores no “bumbum”. Acrescentou que *“(…) constatou que o menor estava assado na região do ânus e atrás de seu ‘saquinho’; que o menor não atribuiu as agressões ao acusado (...); que a depoente achou estranho ao perceber que havia manchas de ejaculação no lençol que o menor dormia; (...) que a depoente desconfiada, no dia 31 de outubro de 2007, numa quarta-feira, deixou o menor dormindo em casa e foi para a Igreja; que a depoente antes de ir para a Igreja, trocou a fralda do menor prendendo-a na ponta da aba superior, sem prendê-la corretamente; que a depoente agiu dessa forma para verificar se o avô do menor estaria lhe molestando; que no dia 1º de novembro, quando a depoente foi trocar a criança, percebeu que alguém havia modificado a forma que a depoente tinha prendido a fralda; que a criança, nesse dia, durante o banho, reclamou de dor no ânus;(…) que a depoente diante das reclamações, tentou passar pomada em seu ânus, mas a criança disse que a dor era lá dentro; que no dia 02 de novembro a depoente estava preparando o almoço, quando o menor pegou uma vasilha de sal e falou ‘vô o meu vô pega esse sal aqui e fala pra mim vamos subir, dizendo que vai fazer curativo em mim, vai arder, mas é o sal’; que o menor ao ser indagado pelo depoente onde seu avô fazia curativo respondeu que seu avô espalhava sal em todo o seu corpo, inclusive em seu pênis e ânus”* (depoimento de fls. 90/91).

O pai do menor, que reside no mesmo espaço, afirmou que o filho reclamava constantemente de dores na “bunda”, por isso acredita que o ora apelante praticou violência sexual contra a vítima (depoimento de fls. 92/93).

Vale, ainda, transcrever trechos do depoimento da psicóloga que acompanhou o caso: *“que a vítima, durante as sessões, demonstrava receios em falar do avô, afirmando, inclusive, que não gostava dele; que no dia da primeira sessão o menor Anderson compareceu com a sua bochecha irritada, sendo informado por sua avó paterna que a referida lesão teria ocorrido em mais uma tentativa de abuso sexual na noite anterior; que o menor, ao se indagar sobre as razões pelas quais não gostava do seu avô, informou que ele o agredia constantemente, além de lhe beijar a boca; que a depoente pode afirmar que a vítima apresenta comportamento de uma criança submetida a violência psicológica e sexual; (...) que Anderson afirmou durante as sessões que seu avô mexia em ‘pipito”* (depoimento de fls. 94/95).

Embora tenha negado a autoria em seu interrogatório (fls. 71/72). As testemunhas arroladas pela Defesa não trouxeram elementos relevantes para a elucidação dos fatos (fls. 111 e 112).

Impende salientar que em relação à prova vigora o princípio do livre convencimento motivado, devendo o juiz valorar todo o conjunto probatório. Assim, analisando os depoimentos prestados em sede policial e em juízo é factível que o órgão julgador produza uma interpretação própria, amparado, é óbvio, por dados produzidos sob o crivo do contraditório.

Sendo assim, há provas suficientes nos autos de que o apelante praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a ofendida, razão pela qual é **descabida a pretensão absolutória**.

Insurge-se, ainda, contra a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 9º da Lei 8.072/90. Sem embargo da matéria já ter sido enfrentada na preliminar, oportuno se apresenta um exame do mérito, na medida em que aquela pode não ser acolhida.

Na esteira da posição dos nossos Tribunais, a comprovação de que do crime deve resultar lesão corporal grave ou morte é essencial para a aplicação da supramencionada causa especial de aumento de pena. Ocorre que, de acordo com o auto de exame de corpo de delito de fls. 16, o crime não chegou a provocar lesão grave na vítima.

Por oportuno, merecem ser trazidos à colação os seguintes julgados:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. VÍTIMA COM 81 ANOS DE IDADE. RECONHECIMENTO DE FRAGILIDADE FÍSICA CARACTERIZADORA DA IMPOSSIBILIDADE DE OFERECER RESISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 9º DA LEI 8.072/90. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA. IRRELEVÂNCIA. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Reconhecer a majoração constante do art. 9º da Lei 8.072/90 nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável bis in idem, uma vez que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

2. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real, seja moral ou física, que por si só enseja a condenação pelos crimes sexuais em tela, aliada à circunstância de ser a vítima incapaz de oferecer resistência, tem-se aplicável a mencionada causa de aumento de pena, independentemente de restarem configuradas as qualificadoras constantes do art. 223 do Código Penal.

3. Não se pode confundir os conceitos de violência real como forma autônoma para a implementação do tipo penal, independente da presunção de violência, com a forma qualificada prevista no art. 223 do Código Penal.

4. Nos termos expostos, não há falar em bis in idem (que somente ocorreria nas hipóteses de violência ficta, presumida, onde não há recusa expressa da vítima), mas no efetivo respeito ao princípio da proporcionalidade, pelo qual condutas diversas merecem reprimendas diversas, na medida da sua reprovabilidade ou hediondez, pois é indiscutível que o estupro praticado mediante violência real contra uma pessoa de avançada idade e reconhecida fragilidade física enseja maior juízo de reprovação.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), declarou a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando, assim, o óbice à execução progressiva da pena.

6. Recurso especial parcialmente provido para restabelecer a condenação tal como determinada na sentença, exceto no tocante ao regime prisional, que deverá ser o inicial fechado”.

(grifou-se) (STJ, REsp 886.841/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 13/04/2009)

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 214, CAPUT, C/C ART. 224, ALÍNEA “A”, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME HEDIONDO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. BIS IN IDEM. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OUTRO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF.

I - Se a violência é presumida, inadequado falar-se de lesão grave ou morte. Contudo, pode haver violência real ou grave ameaça contra vítima que esteja entre as indicadas no art. 224 do Código Penal, como ocorreu na espécie.

II - Inaplicável, sob pena de bis in idem, o aumento do art. 9º da Lei nº 8.072/90 nas hipóteses de violência presumida.

III - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

IV - Assim, não há mais que se falar em condenação ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado.

Recurso provido para determinar que o e. Tribunal a quo realize novo cálculo da pena privativa de liberdade, afastando a majorante do art. 9º da Lei nº 8.072/90 e o óbice à progressão de regime”. (grifou-se) (STJ,

“EMENTA - CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVA INDUVIDOSA DA AUTORIA VIOLENCIA COMPROVADA - PRATICA REITERADA DE CADA UM DOS DELITOS CONFIGURANDO O CRIME CONTINUADO EM CADA CONJUNTO DE CRIMES - NÃO SENDO CRIMES DA MESMA ESPECIE IMPÕE-SE O RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL ENTRE ELAS - CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ARTIGO 90. DA LEI 8072/90 - NÃO INCIDENCIA DIANTE DA AUSENCIA DE PROVA DE LESÃO CORPORAL GRAVE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - CRIME HEDIONDO - NÃO APROVEITAMENTO DA ISOLADA DECISÃO DO PRETÓRIO EXCELSO SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA LEGAL - NÃO ESTÃO OS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA OBRIGADOS A CUMPRIR DECISÃO PROFERIDA INCIDENTER TANTUM EM DETERMINADO CASO CONCRETO - NATUREZA DA DECISÃO QUE NÃO RETIRA O PRECEPTIVO LEGAL REFERENCIADO NO MUNDO JURIDICO - NÃO PRODUZ EFEITO ERGA OMNES A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA NORMA LEGAL ATÉ QUE SUA EFICACIA SEJA SUSPENSA PELO SENADO FEDERAL - RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO - APELO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE. (TJRJ, 2006.050.04215 - APELACAO CRIMINAL - 1ª Ementa DES. FATIMA CLEMENTE - Julgamento: 09/01/2007 - QUARTA CAMARA CRIMINAL)

Sendo assim, tanto pelo reconhecimento da preliminar, como pelo exame de mérito, impõe-se a reformada da sentença para que seja retirada a causa de aumento prevista no artigo 9º da Lei 8.072/90.

Assiste razão à Defesa quanto ao pleito de afastamento da agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea ‘h’ do Código Penal.

É que reconhecida a presunção de violência pelo fato de a vítima ser menor de 14 anos, inviável a aplicação da agravante genérica (vítima criança) sob pena de se incidir em *bis in idem*. Com efeito, estar-se-ia valorando duas vezes o mesmo fato por idêntica circunstância

Nesse sentido, deve ser retirada a aludida agravante genérica.

Cumpre-nos salientar que a elevação da pena-base e a aplicação da causa de aumento descrita no inciso II do artigo 226 do Código Penal foram corretamente fixadas, assim como o regime de cumprimento de pena.

Por todo exposto, opina esta Procuradoria de Justiça pelo **conhecimento e provimento parcial** do recurso defensivo, para que sejam afastadas a causa

de aumento prevista no artigo 9º da Lei 8.072/90 e a agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea 'h' do Código Penal.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 2009.

MARCOS ANDRÉ CHUT

Procurador de Justiça

Mandado de Segurança nº 2009.01.001.000.000

TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ORGÃO JUDICIAL

Relatora: Desembargadora NILZA BITTAR

Impetrante: Des. ANTONIO JOSÉ AZEVEDO PINTO

Impetrado: EXMO. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Litigante: Des. ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE

EMENTA

Preliminares argüidas pelo impetrante, que se afigeram impossíveis. Petição inicial cujo texto original, elucido por este material, foi posteriormente corrigido, de modo a deixar clara a pretensão do impetrante: inocor-ticia da delegacia respectiva. Evidente interesse processual do impetrante em ser elevarado na banca de antigas, porquanto, embora metatoo eleito do Orgão, o seu mandato expira em outubro próximo, devendo submeter-se a novo pleito para permanecer no Orgão e sendo-lhe vedada, ademais, segunda recondição.

Pretensão mandamental a ser acolhida, no mérito. Aplicabilidade do princípio de alternância, previsto no art. 188, § 2º, da LOMAN, à representação do Quinto Constitucional do Orgão Especial dos Tribunais, pela via da promoção. Parágrafo do Regio Especial, em junho, 2008, quando o princípio de alternância prevaleceu sobre a possibilidade de provimento de vaga aberta com a espoliação de desembargador proveniente da Ministério Público, que foi ocupada por estágio de substituição. Decisão do Conselho Nacional de Justiça que precedeu a alternância, no provimento das vagas do Orgão Especial destinadas ao Quinto Constitucional.

Parer pelo acolhimento do requerido, argüidas as preliminares.