

Nº 96. 03998-1: - APELAÇÃO CRIME
IMPETRANTE: - JOÃO ALBERTO MOREIRA SALES
IMPETRADO: - A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: - DES. FERNANDO LUIZ XIMENES
ROCHA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. PENA COMINADA PELA LEI Nº 8.072/90. CRIME HEDIONDO. TORTURA (LEI Nº 9.455/97). EXECUÇÃO. REGIME FECHADO.

I - O crime de atentado violento ao pudor não pode ser incluído no rol daqueles que necessariamente deixam vestígios. A ausência de seqüelas físicas, em muitos casos, é, ao contrário, a regra geral, como ocorre no caso em apreço. Inócua, pois, se torna a realização de perícia.

II - Não há que se falar em deficiência das alegações finais, quando não demonstrada a existência de subsídios de provas capazes de instrumentalizar o advogado para confecção de razões derradeiras mais alentadas.

III - Não se pode acoimar de nula, por falta de fundamentação, sentença que muito bem analisou a prova coligida, não deixando dúvidas quanto à sua motivação.

IV - Na hipótese de crime contra os costumes praticado contra menor de 14

anos, com violência presumida, não incide a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, pois o fundamento dessa é a violência contra criança, e esta, em sua modalidade ficta, já constitui elemento do tipo, não sendo admissível o bis in idem. Dito aumento, por força de expressa referência ao art. 223, caput e parágrafo único, do Código Penal, somente se aplica quando ocorre violência real (lesão corporal grave ou morte).

V - Recurso parcialmente provido, para excluir o acréscimo previsto no dispositivo acima mencionado, reduzindo-se a pena ao seu mínimo legal.

VI - A Lei nº 9.455/97, em seu art. 1º, § 7º, estabelece, quanto à execução da pena, regime mais favorável que o da Lei nº 8.072/90, devendo dito dispositivo, por comando constitucional e do Código Penal, retroagir para beneficiar o acusado.

VII - A extensão da regra do § 7º do art. 1º da Lei nº 9.455/97, para os demais delitos mencionados na Lei nº 8.072/90, é imperativo que se impõe, de modo a manter a unidade de tratamento determinada pela Carta Política.

VIII - Habeas Corpus concedido, de ofício, para transformar o regime de execução da pena imputada ao apelante, determinando-se seja esta cumprida, inicialmente, e não integralmente, em regime fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores integrantes da 1ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, em decisão unânime, dar parcial provimento ao recurso interposto, para reduzir a pena aplicada ao mínimo legal, bem como, conceder, de ofício, *habeas corpus* em favor do apelante, a fim de que este cumpra a pena que lhe foi imposta, inicialmente, e não integralmente, em regime fechado, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, em exercício na comarca de Pacoti/CE, denunciou JOÃO ALBERTO MOREIRA SALES, como incurso nas sanções do art. 214 c/c 224, alínea "a", ante o fato de ele, aos 10.10.93, ter praticado atos libidinosos contra a menor Antonia Darciana Cosmo da Silva na residência dela.

Recebida a exordial, iniciou-se a instrução probatória com o interrogatório do acusado (fls. 30).

Oitivadas três testemunhas de acusação e quatro de defesa, as partes diligenciaram na apresentação das alegações finais.

O MM. Juiz Presidente, convicto da autoria e materialidade do delito, condenou o réu a pena definitiva de 09 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado.

Inconformado, o acusado interpôs recurso apelatório, apontando, em síntese, as preliminares de nulidade processual referente à precariedade das alegações finais ofertadas, à ausência, nos autos, de exame de corpo de delito, que seria indispensável, tendo em vista tratar-se de crime que deixa vestígios, e à motivação falha da sentença, por ter se baseado somente em depoimentos testemunhais de familiares da vítima.

No mérito, reafirma algumas das nulidades acima mencionadas, alegando, ainda, ser inadmissível a condenação por um crime hediondo com base apenas em depoimentos de familiares da ofendida.

Contra-razões às fls. 138/141.

Instada a se manifestar, a douta PGJ pronunciou-se pelo improvimento das razões recursais e pela conseqüente confirmação da sentença vergastada.

É o relatório.

VOTO

Em sede de preliminar, pugna o recorrente pelo reconhecimento de diversas nulidades processuais por ele apontadas, quais sejam:

a) ausência, nos autos, de exame de corpo de delito e de qualquer prova da materialidade do crime que, obrigatoriamente, deixa vestígios;

b) deficiência nas alegações finais apresentadas pela defesa;

c) falta de fundamentação na sentença prolatada.

No mérito, o apelante declara ser inadmissível a condenação do acusado exclusivamente com base em depoimentos de familiares da vítima, mormente por se tratar de crime hediondo.

Passo, então, à análise das razões de apelação.

De fato, inexistente, nos autos, comprovação de que a vítima tenha se submetido a exame de corpo de delito.

Ocorre que o atentado violento ao pudor não se constitui em crime que, necessariamente, deixe vestígios. Sendo assim, em alguns casos pode existir a possibilidade de comprovação da materialidade do delito pelo exame pericial. Em outras circunstâncias, porém, como a ora em exame, inócua é a realização da perícia, porquanto, uma vez praticada a infração penal, não resta no corpo da vítima marcas do cometimento do crime.

Nesse sentido, tem sido o entendimento jurisprudencial dominante, *in verbis*:

“Nem sempre o crime de atentado violento ao pudor deixa vestígios, como acontece na hipótese ora focalizada em que sua prática consistiu em compelir o réu um menor de seis anos a masturbá-lo” (TJSP - AC - Rel. Jarbas Mazzoni - RJTJSP 98/453)

“Inadmissível afirmar que o delito definido no art. 214 do CP de 1940 possa ser incluído no elenco daqueles que necessariamente deixam vestígios. A ausência de seqüelas físicas, em muitos casos, é, ao contrário, a regra geral, como ocorre, p. ex., na cópula anal preambular, no coito interfemural, na fellatio e na irrumatio in ore, no osculum illicebrosum, no toque ou afago das partes pudendas, na heteromasturbação etc.” (TJSP - AC - Rel. Jarbas Mazzoni - RT 607/304)

Compulsando os autos, verifica-se que o réu, na tentativa de satisfazer seus ímpetos sexuais, despia-se na frente da vítima e pedia-lhe que tocasse em seu pênis ou a tocava em suas partes mais íntimas. É o que se constata pelas declarações da ofendida e depoimento da 1ª testemunha de acusação, *verbis*:

“...chegando a tirar a roupa e ficando nu, mostrando-se para a referida menor, e, chamando para que a mesma se deite em cima dele; ...Que segundo a menor Declarante, diz que o Senhor João Alberto chega a tirar suas roupas para pegar nos seus seios, e nas partes íntimas... Que afirma a declarante menor, que todas as vezes que o Senhor João Alberto ficava nu, manda a menor pegar no seu pênis e que a mesma não pega...” (Declarações da vítima na fase indiciária às fls. 16)

“...que,... tirou a roupa da vítima e começou a pegar nos seios e na vagina dela...Afirma que por várias vezes o acusado já havia mexido com a vítima, e por volta de setembro ou outubro do ano passado presenciou quando o acusado de pênis para fora da braguilha da calça pedia a vítima para pegar no pênis...” (Depoimento da Testemunha FRANCISCA COSMO DELFINO DA SILVA às fls. 58)

Esse fato é confirmado pelas demais testemunhas de acusação.

Diante disso, impossível seria constatar, por meio do exame pericial, a materialidade do crime em questão, visto que este não deixou vestígios. Observa-se, destarte, ser inaplicável ao caso o disposto no art. 564, inc. III, “b”, primeira parte, do C.P.P.

Em casos deste jaez, a prova testemunhal constitui-se, perfeitamente, em meio idôneo para comprovar a materialidade do delito nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal. Dita ressalva está, expressamente, prevista no art. 564, inciso e alínea acima mencionados.

Ademais, ainda que se tratasse de crime que, obrigatoriamente, deixasse vestígios, a existência de nulidade deveria ser argüida, nos termos do art. 571, inc. II, do C.P.P. até a fase de alegações finais, por se tratar de nulidade de natureza relativa, não sendo mais possível ventilá-la em sede de apelação.

Improcede, pois, a alegação, por parte da defesa, de nulidade processual por ausência de auto de exame de corpo de delito. Daí rejeito essa primeira preliminar.

Sigo ao exame da segunda preliminar de nulidade registrada pelo recorrente, atinente à deficiência das alegações do defensor.

Quanto a essa prejudicial, há de se considerar que a precariedade das alegações finais constitui-se em nulidade relativa e, como tal, tem de ser argüida no momento oportuno e com a devida comprovação de prejuízo por parte de quem afirma a existência do vício processual, no caso, a defesa.

Este é o entendimento do S.T.F.:

“Não se deve reconhecer nulidade por serem extremamente lacônicas as alegações finais apresentadas pelo defensor dativo. Exercido o direito de defesa, não se pode falar em nulidade, só existente quando da deficiência resulte, provadamente prejuízo para o réu” (RT 570/401)

No mesmo sentido, TJRS: RJTJERGS 148/105-6.

A matéria já se encontra assentada na Corte Maior sob a Súmula n. 523, *in verbis*:

“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Assim sendo, vê-se que, no caso *sub judice*, a matéria foi ventilada no momento devido, vez que, após a apresentação das alegações finais, as razões do recurso de apelação constituem-se na primeira oportunidade para o questionamento do vício suscitado.

Não obstante, em seu arrazoado, o apelante restringiu-se a transcrever a doutrina da prof^a. **Ada Pellegrini Grinover**, afirmando, ao final, que a precariedade dos memoriais da defesa trouxeram graves prejuízos para o acusado, sem que tenha, contudo, demonstrado, de maneira cabal, a deficiência apontada e o prejuízo dela decorrente.

Aliás, conforme registra a processualista acima mencionada, a deficiência das alegações finais há de ser analisada de forma articulada com os subsídios de prova que possam instrumentalizar o advogado na confecção da peça final.

É dizer, a conclusão pela precariedade ou não das alegações finais emergirá da constatação dos meios probatórios presentes no processo de que dispunha o advogado na elaboração de dita peça processual. De tal sorte que, em alguns casos, como o presente, diante da improbabilidade de absolvição do acusado pelas provas constantes dos autos, a defesa encontra dificuldade de produzir, de forma mais alentada, as alegações derradeiras.

Do exame das razões últimas apresentadas pelo patrono do acusado, observa-se que o ilustre causídico fez tudo que estava ao seu alcance em prol do delatado. Todavia, a fragilidade da prova de que dispunha a seu favor o impediu de explorá-la com maior profundidade.

Sendo assim, desacolho a segunda preliminar de nulidade levantada pelo apelante.

No que se refere à última questão prejudicial à análise do mérito apresentada no presente apelo, conclui-se ser essa também improcedente.

É que a sentença prolatada pelo douto juízo *a quo* encontra-se em perfeita sintonia com os ditames constitucionais pertinentes à indispensável fundamentação das decisões judiciais.

A decisão monocrática não se embasou, como afirma o recorrente, somente nas testemunhas de acusação. O douto julgador refere-se, expressamente, às testemunhas de defesa. Ocorre que estas em nada contribuíram em benefício do acusado, resumindo-se a apontá-lo como uma pessoa boa e sem mácula em sua conduta.

Portanto, não há como prevalecer essa derradeira preliminar.

No mérito, consoante se observa, o recorrente volta a se insurgir contra a fundamentação da sentença, com base no mesmo argumento de que não poderia ter por suporte apenas depoimentos testemunhais de familiares da vítima.

É de se observar que, se por um lado as declarações prestadas por familiares da ofendida devem ser consideradas com certa reserva; por outro, é de se admitir devam ser essas levadas em conta para o deslinde da *quaestio*, quando se encontrem em perfeita consonância com as demais provas produzidas.

No caso em análise, verifica-se a sintonia existente entre as declarações da vítima e o depoimento das testemunhas arroladas pela acusação, razão por que não procede a alegação do apelante de que tais depoimentos não poderiam ser considerados pelo juiz na prolação da sentença.

Em verdade, o ponto da sentença vergastada que está a merecer reparo consiste na aplicação do art. 9º da Lei nº 8.072/90. É que, em se tratando de crime contra os costumes praticado contra menor de 14 anos, com violência presumida, não incide a causa de aumento de pena prevista na mencionada disposição legal, pois o fundamento dessa é a violência contra criança, e esta, em sua modalidade ficta, já constitui elemento constitutivo do tipo, não sendo admissível o *bis in idem*. Assim, o aumento previsto no dispositivo invocado acima, por força de expressa referência ao art. 223,

caput e parágrafo único, do Código Penal, somente se aplica quando ocorre violência real (lesão corporal ou morte).

Esse entendimento tem sido acolhido, sem discrepância, pela jurisprudência, consoante se observa dos arestos que seguem transcritos:

“Aumento de pena previsto no art. 9º da Lei 8.072. Aplica-se apenas às hipóteses de lesão grave ou morte, ante a expressa remissão da lei ao art. 223, caput, e parágrafo do Código Penal, expressos quanto à exigência de ‘lesão corporal grave’ ou ‘morte’. Recurso Especial conhecido e, nessa parte, provido”. (STJ, 5ª. Turma, Rel. Min. Assis Toledo, DJU, 05.10.92, p. 17.114).

“O aumento de pena previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/90, no entanto, dada a expressa referência ao artigo 223, caput e parágrafo único, somente ocorrerá em havendo lesão corporal ou morte. Recurso conhecido e provido parcialmente, a fim de cassar o acórdão e restabelecer o quantum da pena fixado na sentença, excluído o aumento”. (STJ, 5ª. Turma, Rel. Min. Costa Lima, DJU, 03.5.93, p. 7.807).

Ex positis, afastadas as preliminares suscitadas pelo recorrente, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, para excluir da sentença atacada o acréscimo previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/90, ficando, por consequência, a pena definitiva reduzida ao seu mínimo legal, no caso, seis (6) anos de reclusão.

Por outro lado, verifico que o MM. Juiz *a quo*, em observância ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, determinou que a pena aplicada ao recorrente fosse cumprida, integralmente, em regime fechado.

Ora, sempre entendi que mencionado dispositivo afronta não só a garantia constitucional da individualização da pena, expressa no art. 5º., inciso XLVI, da Carta Política vigente, como também um dos fundamentos do Estado Brasileiro, no caso a dignidade da pessoa humana (art.1º., III da C.F.).

Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, não reconheceu a manifesta inconstitucionalidade da disposição em apreço. A argumentação foi a de que o legislador ordinário, a quem a Constituição atribuiu competência para estabelecer os parâmetros da individualização da pena, no uso dessa prerrogativa constitucional, não quis, no que pertine aos crimes considerados hediondos, deixar ao juiz qualquer margem de discricionariedade na fixação do regime prisional.

Acontece que a Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, específica do crime de tortura, estatui, em seu art. 1º, § 7º, que o condenado por uma das condutas definidas pelo novo tipo, cumprirá a pena que lhe for aplicada, inicialmente, em regime fechado, exceto na hipótese do § 2º. Isto significa que o legislador admitiu a progressividade do regime, em se tratando de crime de tortura.

Andou bem o legislador infraconstitucional, ao adotar esse posicionamento, pois, desse modo, ajustou o dispositivo em causa aos princípios da individualização da pena e do respeito da dignidade humana (art. 5º, XLVI e art. 1º, III, ambos da Carta da República).

Resta saber se dita disposição se aplica aos demais denominados crimes hediondos, revogando-se o preceituado no § 1º do art. 2º da famigerada Lei nº 8.072/95.

A esse respeito, **Alberto Silva Franco**, após analisar o tratamento uniforme emprestado pelo legislador constituinte (art. 5º, inc. XLIII da C.F.) e pelo legislador infraconstitucional (Lei nº 8.072/90) aos delitos hediondos, de tortura, de terrorismo, de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins, conclui que a regra contida no § 7º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 deve ser estendida a todas as infrações mencionadas na chamada Lei dos Crimes Hediondos.

Assim se expressa o prestigiado autor, *verbis*:

“É evidente que esse tratamento deve ser ampliado, por se mostrar mais favorável, aos demais delitos equivalentes à tortura. Só assim não se rompe a unidade de sentido que o legislador constitucional emprestou à regra do inc. XLIII, do art. 5º da Constituição Federal.

*A extensão da regra do § 7º do art. 1º da Lei nº 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei nº 8.072/90, iguala hipóteses típicas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e o caráter sistemático do ordenamento penal”. (in Boletim **IBCCrim** nº 58, Edição Especial, set./1997, O Regime Progressivo em Face das Leis nº s 8.072/90 e 9.455/97).*

Nesse mesmo sentido, trago à colação o seguinte aresto da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes hediondos (Lei n° 8.072/90). Tortura (Lei n° 9.455/97). Execução. Regime fechado - A Constituição da República (art. 5°, XLIII) fixou regime comum, considerando-se inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei n° 8.072/90 conferiu-lhes disciplina jurídica, dispondo: ‘A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’ (art.2°, § 1°). A Lei n° 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1° - 7°: ‘O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2°, iniciará em regime fechado.’ A Lei n° 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei n° 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos a progressão de regimes”. (STJ, Resp. n° 140.617 -GO, rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU, 12.09.97).

Do voto do insigne Ministro **Cernicchiaro**, colho o trecho adiante transcrito:

“A lei mais recente, comparada com a Lei dos Crimes Hediondos, mostra-se mais favorável. A lei mais benéfica, por imperativo constitucional e do Código Penal, aplica-se incondicionalmente.

Insista-se: os crimes relacionados na Constituição e na Lei n° 8.072/90 receberam o mesmo tratamento. Estatuíram os mencionados textos disciplina unitária. Insista-se, por imperativo da Carta Política.

*A lei alterando a matéria, embora, literalmente, restrita a uma parte, repercute no todo. Vale dizer, o disposto no art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90 foi afetado por lei posterior, ensejando o cumprimento da pena, por etapas, ou seja, somente, no início, no regime fechado”.(Cf. Boletim **IBCCrim** n° 60/ Jurisprudência, nov/1997).*

Por todos os argumentos acima expendidos, não há como se deixar de reconhecer que o disposto no art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90 foi

revogado pelo preceptivo do § 7º do art. 1º da Lei n º 9.455/97, sob pena de admitir-se a co-existência de regras contraditórias no ordenamento penal brasileiro, o que afetaria, inapelavelmente, a racionalidade que deve presidir toda e qualquer ordem jurídica.

Assim sendo, concedo, de ofício, nos termos do art. 624, § 2º, do Código de Processo Penal, *habeas corpus* em favor do apelante, a fim de transformar o regime de execução da pena que lhe foi imposta, determinando seja esta cumprida, inicialmente, e não integralmente, no regime fechado.

É como voto.

Fortaleza, 09 de dezembro de 1997.

_____ PRESIDENTE

_____ RELATOR
