

Estupro - Menor de quatorze anos - Presunção de violência - Ação penal - Representação - Vício de forma - Não-ocorrência - Denúncia - Ministério Público - Legitimidade - Depoimento da vítima - Credibilidade - Consentimento e experiência não configurados - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Critério - Grau de parentesco - Causa de aumento da pena - Aplicabilidade

Ementa: Apelação criminal. Estupro. Violência presumida. Majorante. Réu absolvido. Inconformismo do Ministério Público. Representação. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Vítima dita experiente em assuntos sexuais, apesar de menor de quatorze anos. Estudos social e psicológico que desmerecem tal tese. Palavra da ofendida. Valor. Crime configurado. Pena. Majorante do art. 226, inciso II, considerada, por ser o réu tio da vítima.

- "A representação, como condição de procedibilidade da ação penal, prescinde de fórmula rígida" (STJ; RT 725/517), "bastando apenas a manifestação espontânea de vontade, para que a persecução criminal seja iniciada" (STJ; TSTJ 62/283). Na espécie, denúncia encaminhada à Secretaria Adjunta de Direitos Humanos, órgão do Governo Estadual, legitima a atuação do Ministério Público.

- "Não há dúvida de que o legislador, ao fixar o limite de 14 anos, teve em mente a psicogênese da criança, sem esquecer que, a cada etapa do seu desenvolvimento, à medida que se lhe abrem novos horizontes, com inovações e novas descobertas, ela forma a sua unidade, que outra coisa não é senão a reunião de fragmentos 'feita de contrastes e conflitos'. É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer. O seu consentimento é sempre a representação de uma visão distorcida de perspectiva de vida. Nem sempre o menor sabe querer, pouco importando o acúmulo de informações mal dirigidas que lhe endereça aquilo que se convencionou chamar de moderna civilização. Outra, pois, não foi a razão pela qual o legislador amparou o menor, negando validade ao seu consentimento, como ocorre na hipótese do art. 224 do Código Penal" (TJSP).

- "Em tema de delitos sexuais, é verdadeiro truísmo dizer que quem pode informar da autoria é quem sofreu a ação. São crimes que exigem isoladamente o afastamento de qualquer testemunha, como condição mesma de sua realização" (TJSP, RT 442/380).

- "Atualmente, tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido que a hipótese de presunção de violência prevista no art. 224, a, do CP é apenas relativa (*juris tantum*), e não absoluta (*juris et de jure*); para desconstituí-la, no entanto, como pode excepcionalmente ocorrer, são necessários argumentos probatórios idôneos, não bastando apenas tentar abalar o conceito moral da ofendida, sem a força indispensável ao fim almejado" (TJSC). Situação dos autos, onde bem elaborados estudos social e psicológico deitam por terra a tese abraçada pela douda decisão de 1º grau.

- Sendo o réu tio da vítima, é natural que dispusesse de ascendência sobre ela (Código Penal, art. 226, inciso II).

- "O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve

ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo” (STF).

Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0329.07.000401-8/001 - Comarca de Itamoji - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: B.S. - Relatora: DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO. MANDADO DE PRISÃO.

Belo Horizonte, 7 de agosto de 2008. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Conheço do recurso interposto, porque presentes os pressupostos de admissibilidade a tanto necessários.

O apelado tornou-se destinatário da presente ação, vinda com fincas nos arts. 213 (estupro), 224, alínea a (violência presumida: vítima que contava menos de quatorze anos ao tempo dos fatos) e 226, inciso II (majorante: o agente seria tio da ofendida), todos do Código Penal, porque, nos termos da inicial, em novembro de 2005, pela vez primeira e, após, em outras oportunidades, ele teria constrangido M.F.B.P. a consigo manter conjunção carnal (f. 2/4).

Em suas alegações finais (f. 118/125), ele ofertou preliminares de inépcia da inicial e de nulidade do processo, firmando-se a primeira na ausência de prova inequívoca quanto à idade da vítima, nada vindo a mostrá-la como menor de quatorze anos, condição necessária à caracterização do crime de estupro (f. 119).

Acertadamente, o douto Juízo monocrático viu comprovada a idade de M.F.B.P., inferior a quatorze anos, ao tempo dos fatos, nos dados lançados na ocorrência policial (f. 127).

Noutro giro, a nulidade do processo foi vista como decorrente da inexistência de declaração de pobreza da representante legal da aludida menor, não satisfeita, por conseguinte, a condição anotada no art. 225, § 1º, inciso I, do Código Penal (f. 119).

De igual sorte, o ilustre Sentenciante de 1º grau deixou de abraçar a pretensão do réu, ao considerar que o estado de miserabilidade da vítima seria patente e conhecida por seu ofensor (f. 127).

De outro lado, no entanto, entendeu grave a falta de representação nos autos, mas, por ter o réu permanecido silente a respeito e também porque, no mérito, ele já firmara entendimento favorável ao destinatário da lide, deu por ultrapassada a questão (f. 127-128).

A esse ponto, vejo oportuno trazer à colação, mormente pelo fato de não concordar com a absolvição afinal havida na instância de origem:

A jurisprudência tem-se mostrado tolerante quanto ao formalismo da representação, bastando apenas a manifestação espontânea de vontade, para que a persecução criminal seja iniciada (STJ, *Habeas corpus*, Relator Ministro Fláquer Scartezini, *JSTJ* 62/283).

A representação a que se refere o art. 225, § 2º, do CP não depende de forma especial, bastando que o representante se dirija à autoridade competente para noticiar o delito, pois é de se presumir que, com essa atitude, pretenda a adoção de providências cabíveis (STF, 1ª Turma, *Habeas Corpus* nº 72.376, Relator Ministro Sydney Sanches, *DJU* de 9.6.1995, p. 17.234).

Pois bem, não tendo pai a então menor vítima de estupro e sofrendo a sua mãe de problemas mentais (f. 11), foram os graves fatos atribuídos ao réu B.S., tio da ofendida M.F.B.P., denunciados anonimamente à Secretaria de Direitos Humanos de Belo Horizonte (f. 10), entendendo o ilustre Prolator da sentença combatida que a autora da denúncia em tela fora “O., irmã do acusado” (f. 128), logo, tia de M.F.

Num quadro tal, a exemplo do ocorrido com o Ministério Público, vislumbro na

busca de auxílio junto à Secretaria Adjunta de Direitos Humanos, órgão do Governo Estadual, (uma) clara intenção e interesse (de familiares) da vítima na apuração dos fatos, mediante a dificuldade que encontravam, tendo em vista que a garota permanecia na residência de sua avó, onde também morava o agressor (f. 142),

ainda que, a alguns de seus membros (v. g., J., irmã de M.F.), a opção adotada tenha passado por ignorar a inaceitável situação a que se encontrava submetida a vítima.

Nem se olvidem dizeres contundentes da própria ofendida, constantes no boletim de ocorrência (f. 11) e registrados na douda decisão hostilizada (f. 129), assim:

[...] que realmente está grávida e que seu tio B.S. (maior de idade) e seu irmão R.B.P. (menor de idade) vêm mantendo relação sexual com a mesma desde o início do ano 2005, e que tal relação sempre foi sem seu consentimento, mediante ameaça [...]. A menor alega que só não denunciou tal prática abusiva de seu irmão e tio por estar com receio de represália do autor e menor infrator [...].

Legítima, assim, a meu ver, a atuação desenvolvida pelo Órgão Ministerial nestes autos, valendo registrar:

[...] A jurisprudência firmou que basta a descrição genérica dos fatos, sem a individualização da conduta do acusado,

para a validade da denúncia. O atestado de pobreza pode ser substituído por outros elementos que denotem a condição de miserabilidade da família da vítima, dando legitimidade ao *Parquet* para o oferecimento da denúncia mediante o pedido de providências que configura uma representação [...] (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0395.02.003392-8/001, Relator Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. em 26.3.2007, p. no DJMG de 3.7.2007).

Seguindo e firme em que o processo não disporia de prova suficiente ao amparo de decreto condenatório, o ilustre Juízo singular acabou absolvendo o réu (f. 126/135), fazendo assinalar, ao final de sua decisão:

[...] Resumindo, embora tenha ficado provada a ocorrência de diversas conjunções carnavais entre vítima e acusado, no período aproximado de agosto a dezembro de 2005, todas as provas indicam que a vítima consentiu nessas relações, que não ocorriam sob violência ou grave ameaça, e apontam ainda no sentido de que a vítima tinha experiência suficiente para que seu consentimento possa ser aceito como válido pela Justiça, apesar de sua idade (f. 134).

Após ilustrar seu pensamento, sobre ser relativa a presunção de violência descrita no art. 224, alínea a, do Código Penal, com dois julgados, ele concluiu:

Afastada a possibilidade de aplicação de violência presumida ao caso em exame, em razão da experiência sexual da vítima, e não havendo provas de ocorrência de violência real ou grave ameaça, deve ser indeferida a denúncia (f. 135).

Com o inconformismo do Ministério Público (f. 138/153) e ao exame dos autos, reitero que o expediente anônimo de f. 12 e 13 é que deu origem às providências a partir de então adotadas, entendendo o ilustre Sentenciante de 1º grau que fora da lavra de O.B. - irmã do acusado e tia da vítima (f. 109) -, que muito odiaria o réu, agradando-lhe a idéia de “que ele pudesse vir a ser condenado” (sentença de f. 128).

Qualquer que tenha sido a intenção de O. - ou de outrem -, certo é que a preocupação constante de f. 13 se mostrou justificada, de tudo brotando que, aos seus onze anos de idade (f. 85), M.F. começara a sofrer abusos sexuais, partidos de seu irmão R.B., menor, como por ela declarado (f. 35/36, 85/86 e 105/106) e pelo próprio confirmado - aqui, sem menção à época primeira (f. 37/38).

Depois, “desde o início do ano de 2005”, também seu tio B., ora acusado, passara a dela se servir sexualmente (f. 10) - como ela nasceu em 1º de fevereiro de 1992 (f. 35), contaria doze anos, ao ensejo, ou acabara de completar treze -, valendo conferir às f. 35/36, 85/86 e 105/106.

Num quadro tal, se M.F. se transformou, de fato, em pessoa sempre muito disposta para o sexo, dotada de “vasta experiência sexual”, “de grande maturidade sexual”, havendo, mais, entre ela e o tio, “um histórico

de sedução”, que em nada a amedrontava, segundo o douto Julgador a quo (f. 128/131), é inequívoco que contou, na passagem de seus doze para treze anos, com a grande colaboração do réu, então com quarenta e quatro, quarenta e cinco anos de vida (f. 95), apto, assim, em tese, a bem lhe ensinar “coisas de sexo”.

Referiu-se, ainda, o ilustre Magistrado de 1º grau a que, “muito antes do suposto estupro, ocorrido em novembro de (2005) [...], indícios (estariam a apontar) no sentido de um envolvimento sexual de M.F. também com V.” (f. 131), seu atual companheiro (f. 39).

A propósito, os “indícios” assinalados residem, em parte considerável, nos dizeres da avó da vítima (f. 27) e também mãe do acusado (f. 19), M.M.S., na fase inquisitorial, onde, contundentemente, denegriu a imagem da neta e respectiva mãe, F., dizendo até que esta “[...] ‘dava’ sua cama para que sua filha M.F. tivesse relacionamento sexual com algum homem [...]” (f. 27).

M.M., por não ter sido arrolada por seu filho, réu nestes autos (f. 97) - nem interessando a sua oitiva como testemunha do juízo -, não esteve na fase judicial. Com relação a F., porque falecida, não houve como se manifestar sobre as graves acusações que lhe foram dirigidas, por sinal, partidas, aqui, única e exclusivamente, de M.M., muito provavelmente para o fito de melhorar a situação de seu filho.

Apesar da inexistência absoluta, nestes autos, de prova em torno da aludida prostituição, na douta decisão de 1º grau, ficou constando:

[...] Não admira que a filha tenha sido prostituída pela mãe, inclusive com o tio e com os irmãos. Infelizmente, a mãe F. não chegou a ser ouvida, tendo falecido pouco depois (f. 129).

Não houve “irmãos”, mas apenas R.B., e, se se considera que M.F. foi “prostituída [...], inclusive com o tio”, como deste afastar toda e qualquer responsabilidade em atos praticados com uma menina de doze, treze anos?

De outro lado, existindo notícia de que, “desde o início do ano 2005”, a vítima mantinha relações sexuais com o réu e R.B. (f. 10) - situação reconhecida na respeitável sentença hostilizada (f. 129) -, não me pareceu convincente a colocação de que um relacionamento nascido “por volta de maio de 2005 (entre M.F. e V.) tenha sido bem anterior ao suposto estupro”, como está à f. 131.

Aliás, na decisão em tela, há confusões em torno de datas, tanto se falando que o suposto estupro ocorreu em novembro de 2005 (f. 131), como se tendo por “provada a ocorrência de diversas conjunções carnavais entre vítima e acusado, no período aproximado de agosto a dezembro de 2005” (f. 134).

Noutro giro, observo que a menor nunca se interessou pela condenação do tio - o que confere maior credibilidade às suas declarações -, tendo ficado consignado à f. 86:

[...] que o seu sentimento em relação a eles (agressores) é de ódio, no entanto, não quer nenhuma punição, queria esquecer e quero que todo mundo esqueça, quero viver minha vida e, se acontecer alguma coisa com eles e um dia eu tiver que voltar para minha casa, eles podem fazer mal para meu filho [...].

Em tema de estupro, encontra-se assente:

[...] A palavra da vítima, nos crimes contra os costumes, quando em perfeita harmonia com outros elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria por ela apontada [...] (STJ, 6ª Turma, *Habeas Corpus* nº 9.289/SP, j. em 18.10.1999, DJ de 16.11.1999, p. 230);

Em infrações de natureza sexual, há que se dar elevado crédito ao depoimento da própria vítima, já que, em delitos deste jaez, cometidos quase sempre às ocultas, mostra-se difícil a obtenção de prova material (TJMG, 2ª Câmara Criminal, *Apelação Criminal* nº 000.318.035-3/00, Relator Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, j. em 10.4.2003);

Estupro. Comprovação através do exame de corpo de delito. Autoria. Palavra da vítima - Credibilidade. - Nos crimes contra os costumes, praticados, em regra, furtiva e clandestinamente, a palavra da vítima assume maior relevância, sendo suficiente a fundamentar um decreto condenatório, desde que encontre ressonância nos demais elementos da prova. - Recurso desprovido (TJMG, *Apelação Criminal* nº 1.0000.00.195837-0/000, j. em 3.10.2000, p. em 10.10.2000).

Aqui, os dizeres de M.F. guardam sintonia com inúmeros outros, no tocante à presença de conjunção carnal entre ela e B. (f. 29/30 e 107/108, 37/38, 109), tornando inócuas as negativas do réu quanto ao fato (f. 19/20 e 93/94).

Dessarte:

Malgrado a reserva, a prevenção mesmo, com que se deve acolher a palavra de menores, não é ela de ser rejeitada quando avulta um conjunto probatório que se afirma em extensão e profundidade, capaz de fundamentar, com segurança, um convencimento positivo a respeito da responsabilidade criminal (TJSP, Relator Des. Hoepfner Dutra, RT 415/87 e 427/347).

Nem cabe olvidar:

Não há dúvida de que o legislador, ao fixar o limite de 14 anos, teve em mente a psicogênese da criança, sem esquecer que, a cada etapa do seu desenvolvimento, à medida que se lhe abrem novos horizontes, com inovações e novas descobertas, ela forma a sua unidade, que outra coisa não é senão a reunião de fragmentos 'feitas de contrastes e conflitos'. É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer. O seu consentimento é sempre a representação de uma visão distorcida de perspectiva de vida. Nem sempre o menor sabe querer, pouco importando o acúmulo de informações mal dirigidas que lhe endereça aquilo que se convencionou chamar de moderna civilização. Outra, pois, não foi a razão pela qual o legislador amparou o menor, negan-

do a validade ao seu consentimento, como ocorre na hipótese do art. 224 do Código Penal (TJSP, *Apelação Criminal*, Relator Des. Alves Braga, RTJSP 23/466) - FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 2.524).

Dito isso, a mim também "causa estranheza e perplexidade a forma com que M.F. foi tratada e rotulada no presente feito" (Ministério Público, f. 144), exceção feita aos estudos social (f. 85/86) e psicológico (f. 87) a ele anexados, de onde se extraiu:

[...] III. Parecer técnico.

M.F. estabeleceu bom contato com os técnicos, mostrou-se cooperativa e clara em suas colocações.

Em nenhum momento, demonstrou ter contribuído, provocado ou cooperado para que os abusos ocorressem; aparenta imaturidade e ingenuidade.

Em sua fala, expõe sentimento de impotência e angústia, revelando-se duplamente como vítima: dos abusos sexuais e da incredulidade dos adultos.

Teme a punição dos agressores, (por ter sido ameaçada pelo abusador) e por saber da incapacidade dos adultos em protegê-la da violência dos mesmos.

Entendemos que a violência sexual ocorreu e sugerimos, SMJ, acompanhamento da vítima por um psicólogo (f. 86);

[...] I. Da avaliação psicológica:

Com a adolescente:

M.F.B.P., 15 anos.

Apresentou-se com certo descuido pessoal, denotando que não se preocupa muito com a aparência, não sendo muito vaidosa.

Efetivou contato favorável com o técnico, porém, demonstrou excessiva timidez, evidenciada através de sua postura corporal: cabeça baixa e tom de voz baixo, demonstrando auto-estima negativa e insegurança.

Passado o período de comprometimento emocional, procedeu-se à aplicação de testes buscando a investigação dos campos de percepção familiar, personalidade, inteligência e memória.

No teste de percepção familiar, detectou-se desarmonia familiar, insegurança, introversão, distanciamento entre os familiares, rejeição e desvalorização de seus membros.

Quanto ao relacionamento com o companheiro, alega que é bom, que ele 'não deixa faltar nada em casa' (sic), evidenciando que se sente segura ao lado de V.

Em interação com seu filho de apenas 3 meses, mostrou-se carinhosa e amorosa e, segundo informações do companheiro, parece uma criança cuidando de outra criança, pois brinca e faz a criança rir o tempo todo, evidenciando certa imaturidade e ingenuidade.

Não evidenciou nenhuma disfunção ou aberração sexual, ao contrário, sua vida sexual com o atual companheiro é limitada.

M.F. apresentou inteligência limítrofe, provavelmente devido à privação de afeto e falta de estimulação.

Apresentou curso de pensamento normal e raciocínio preservado, porém, observou-se vocabulário pobre [...].

II. Parecer psicológico:

De acordo com os aspectos avaliados, não ficou evidenciado que M. F. contribuiu ou consentiu com o abuso a que foi submetida.

Foi-lhe recomendada psicoterapia, mas, internamente, M.F. não está motivada, alegando dificuldades de locomoção, por residir na zona rural e que vir (à) cidade para ela é difícil e penoso, por medo de encontrar os agressores, foi orientada e estimulada a procurar ajuda através da assistente social do fórum e/ou a casa da família em Itamogi, assim que se sentir mais segura e preparada para a psicoterapia (f. 87).

Está, mais, no último trabalho assinalado:

Observou-se tensão e medo do que está por vir, evidenciando que sofre muito com a situação, porém não nutre desejo de vingança 'eu só quero que isto termine logo', desabafa (f. 87).

Não vejo como possa tudo terminar senão com a condenação do réu, olhados os conteúdos dos pareceres profissionais colocados sob realce e a própria pouca idade da ofendida ao tempo dos fatos - ainda que se queira relativa a presunção legal -, não me parecendo que a tentativa de abalar o seu conceito moral, em momento de notória distorção da perspectiva de vida colocada ao seu alcance, possa prevalecer até o ponto da absolvição de pessoa plenamente madura.

Anote-se:

[...] Atualmente, tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido que a hipótese de presunção de violência prevista no art. 224, a, do CP é apenas relativa (*juris tantum*), e não absoluta (*juris et de jure*); para desconstituí-la, no entanto, como pode excepcionalmente ocorrer, são necessários argumentos probatórios idôneos, não bastando apenas tentar abalar o conceito moral da ofendida, sem a força indispensável ao fim almejado [...] (TJSC, Apelação Criminal nº 98.015258-5, j. em 23.2.1999).

O acusado agiu dolosamente, em área que sofre severa reprovação social, tanto que o estupro aparece relacionado como crime hediondo (culpabilidade). Nada há contra a sua vida pregressa em matéria criminal (antecedentes de f. 95). Nada se apurou em detrimento de sua conduta social. Foi retratado por sua irmã como sendo "muito agressivo e violento (e como não gostando) de trabalhar" (f. 109). Sua sobrinha J. disse nada saber em seu desabono (f. 107) - personalidade.

Os motivos que o levaram a delinquir são reprováveis. Também o são as circunstâncias, mormente considerada a pouca idade da vítima. Igualmente no que tange às conseqüências, valendo ler os estudos de f. 85/86 e 87.

A contribuição da vítima para a formação do evento, de certa forma, aconteceu, não estando, no entanto, à época, em grau normal de maturidade.

Da jurisprudência, colhe-se:

O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios

são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo (STF, RTJ 176/743).

Natural, então, que a pena-base apareça em montante superior ao mínimo legal, sendo fixada em sete anos de reclusão, inviáveis de sofrer agravamento (Código Penal, art. 62) ou atenuação (Código Penal, art. 65), mas passíveis de majoração em vinte e um meses, à conta do disposto no art. 226, inciso II, do mesmo Código Penal, pois, sendo o réu tio da vítima, certamente dispunha de ascendência sobre ela.

Sem outros motivos aptos a provocar oscilação na reprimenda em tela, fica concreta em oito anos e nove meses de reclusão, sob inicial regime fechado, insubstituível por pena restritiva de direitos (Código Penal, art. 44, inciso I - sobretudo quanto ao montante) e imprópria a uma suspensão condicional (Código Penal, art. 77).

Assim convicta, provejo o recurso interposto pelo Ministério Público, para o fim de condenar B.S. pela prática do crime de estupro, contra sobrinha menor de quatorze anos, revelando-se, ao ensejo, a pena considerada necessária e suficiente às respectivas reprovação e prevenção.

Oportunamente, ao rol dos culpados, adotando-se as demais medidas de praxe.

Expeça-se mandado de prisão.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VIEIRA DE BRITO e HERCULANO RODRIGUES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO. MANDADO DE PRISÃO.

...