

DESCCLASSIFICAÇÃO DE DELITO

NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO FATO

Recurso

Apelação .

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR — CRIME CONTINUADO CONTRA MENOR - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - AGRAVANTE GENÉRICA - CRIME HEDIONDO - REGIME FECHADO

EMENTA

ACÓRDÃO: Apelação. Atentado violento ao pudor. Agravante genérica. Crime continuado cometido contra criança. Bis in idem com a presunção de violência. Continuação qualificada. Não ocorrência. A exuberância da prova acusatória inviabiliza a pretensão absolutória. Exclui-se todavia a agravante genérica de ter sido o crime cometido contra criança, uma vez que tal circunstância foi acolhida na configuração da presunção de violência. A ausência de comprovação do emprego de violência real impossibilita a aplicação da regra do crime continuado qualificado. Por fim, em se tratando de crime considerado hediondo, o regime prisional aplicável é o integralmente fechado. Provimento parcial a ambos os apelos. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 2.114/98 da Comarca de Porciúncula em que são Apelantes e Apelados, respectivamente, o Ministério Público e Braulino Pereira da Silva. Acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em dar provimento parcial a ambos os recursos para: a) o da defesa, a fim de que, mantido o juízo de reprovação, tão só, excluir da condenação a agravante genérica do artigo 61, II, letra h do Código Penal, reduzindo-se a pena final do apelante e apelado para 9 (nove) anos de reclusão; e b) o do Ministério Público para, apenas modificar o regime prisional que passa a ser integralmente fechado ex-lege (Lei nº 8072/90), na conformidade do voto do relator que integra o presente na forma regimental; na vencida, em parte a eminente Desembargadora revisora que, igualmente, acolhia parcialmente o recurso defensivo para retirar da condenação o acréscimo da agravante genérica, mas, por outro lado, dava integral provimento ao recurso ministerial para aplicar a pena final de 18 (dezoito) anos de reclusão em regime integralmente fechado, acolhendo, assim, na sua íntegra o parecer da douta Pro curadoria de Justiça. Voto O apelante Braulino Pereira da Silva, foi condenado como incurso no art. 214 (quatro vezes), c/c 224 a, na forma do art. 71 c/c 61, II, h do Código Penal, às penas de 9 anos e 9 meses de reclusão, no regime inicialmente fechado. Irresignados, recorreram tempestivamente, tanto o réu, quanto o Ministério Público. O primeiro, objetivando sua absolvição, por precariedade de provas ou a redução da resposta penal e a mudança do regime prisional para o semi-aberto. Por sua vez, o Ministério Público objetiva o reconhecimento do crime continuado qualificado, com a majoração da pena ao triplo e a imposição do regime integralmente fechado para o cumprimento da pena. Estou votando no sentido de dar parcial provimento a ambos os recursos. O da defesa, tão só, para excluir a agravante genérica do art. 61, II, h, do Código Penal, uma vez que o reconhecimento dessa agravante nos casos de violência presumida constitui bis in idem; o do Ministério Público, por sua vez, procede na parte em que pretende modificar o regime prisional para o integralmente fechado, por se tratar de crime hediondo, em que, salvo o de tortura, não se admite a progressão do regime. Com efeito, a pretensão da defesa em obter a absolvição, não tem apoio nas provas dos autos, sendo até parcialmente confessada no auto de prisão em flagrante. Oportunidade em que o apelante procurou atribuir a responsabilidade pelo ocorrido às próprias menores, que teriam ido espontaneamente à sua casa provocá-lo. Em juízo, no entanto, a prática de atos libidinosos com as menores foi negada. Tal negativa, no entanto, é fato isolado nos autos e não encontra qualquer apoio nas provas dos autos. Ao contrário. Os depoimentos das testemunhas e declarações das ofendidas e suas genitoras às f. 48/54, não deixam dúvida de que o réu praticou os crimes que lhe foram atribuídos. Assim, não procede o pedido absolutório. Também não procede a pretensão defensiva de reduzir a pena fixada para os crimes, uma vez que a pena base foi

estabelecida no mínimo legal de 6 anos de reclusão, que não pode ser reduzido. Também está correto a meu ver o acréscimo de metade, pela continuação delituosa, em se tratando de três vítimas. Quanto à pretensão do Ministério Público de ser aplicada a regra do crime continuado qualificado, para elevar a pena aplicada ao triplo; da mesma forma, entendo não ser cabível, porque embora presentes dois dos requisitos exigidos, a saber: 1º - serem crimes dolosos; 2º - praticados contra vítimas diversas. O terceiro elemento, consistente no emprego de