



NOP
Nº 70044707404
2011/CRIME

AGRAVO EM EXECUÇÃO. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 107, VIII, DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE AO CASO.

O art. 107, VIII, do Código Penal, vigente ao tempo dos fatos, previa como causa de extinção de punibilidade, o casamento da vítima com terceiro, nos crimes sexuais, desde que cometidos sem violência real ou grave ameaça, além de impor outras condições. Benesse que também alcançava casos de união estável.

No caso dos autos, não foi acostada prova idônea no sentido de demonstrar plenamente a alegada união estável da vítima com terceiro, a facultar a incidência da almejada hipótese extintiva. A declaração anexada pelo agravante não se mostra suficiente para tanto.

Ademais, trata-se de crime praticado mediante grave ameaça e violência, particularidade que revela o desatendimento dos pressupostos para a aplicação do almejado benefício legal.

AGRAVO EM EXECUÇÃO DESPROVIDO. POR MAIORIA.

AGRAVO EM EXECUÇÃO

SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70044707404

COMARCA DE PORTO ALEGRE

R.N.

AGRAVANTE

..
M.P.

AGRAVADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em negar provimento ao agravo, vencido o Relator que dava provimento

Custas na forma da lei.



NOP
Nº 70044707404
2011/CRIME

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente
Senhor **DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY**.

Porto Alegre, 06 de outubro de 2011.

DES. SYLVIO BAPTISTA NETO,
Presidente e Relator.

DES.^a NAELE OCHOA PIAZZETA,
Redatora.

RELATÓRIO

DES. SYLVIO BAPTISTA NETO (PRESIDENTE E RELATOR)

1. R. N. agravou da decisão que indeferiu seu pedido de extinção da punibilidade da ação penal, tendo em vista que a ofendida, vítima de seus crimes contra os costumes, vive em concubinato desde o ano de 2004, união estável que culminou com o nascimento de uma filha. Pediu o reconhecimento da extinção na forma do artigo 107, VII, do Código Penal.

Em contra-razões, a Promotora de Justiça se manifestou pela manutenção da decisão agravada. Esta foi mantida em juízo de retratação. Em parecer escrito, o Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

DES. SYLVIO BAPTISTA NETO (PRESIDENTE E RELATOR)

2. O agravo procede. É possível a extinção da ação penal na forma da anterior redação do artigo 107, através do inciso VII, do Código Penal. A prova fornecida pelo agravante demonstra que a ofendida, L. N.



NOP
Nº 70044707404
2011/CRIME

vive em união estável com A. desde o ano de 2004 e desta união nasceu a menina G. em maio de 2006.

No sentido da extinção da ação penal em situações como a narrada acima, esta Câmara tem se posicionado da seguinte forma:

“O afastamento da punibilidade do agente pelo posterior casamento da vítima representa um prêmio ao criminoso e o engessamento da vida futura da mulher ofendida em sua liberdade sexual que, para ver-se justificada, deve abster-se da própria vida amorosa, impossibilitada de reconstruir (ou construir) seu futuro... Contudo, não pode o julgador afastar-se dos princípios que regem o direito penal. Ainda que discorde da opção inicialmente feita pelo legislador, a este cabe a edição de normas gerais e abstratas. Assim, se valorou a conduta e todas as circunstâncias envolvidas, e, ao final, entendeu adequada a concessão de verdadeiro benefício ao réu, determinando a sua impunidade, não cabe ao julgador afastá-lo. Desta forma, tendo em conta o respeito ao Princípio da Legalidade, que se consubstancia em garantia ao réu, resta acolhida a tese defensiva, no sentido de declaração da extinção da punibilidade do réu em face do casamento da vítima com terceiro. Caso em que ainda se encontrava em vigor os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal ao tempo do crime e da união da vítima com terceiro. Ausência de qualquer indicativo no sentido de que a ofendida pretendesse a punição do autor do fato. Considerando a possibilidade de analogia *in bonam partem*, inafastável a aplicação da causa extintiva da punibilidade também em face de união estável e concubinato da vítima” (Apelação 70019977032, Relatora Naele Ochoa Piazzeta).

Esta questão já foi examinada pelo Supremo Tribunal de Justiça que decidiu de modo semelhante:

“O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, VIII). Por analogia, poder-se-ia admitir, também, concubinato da ofendida com terceiro... (JSTF, 278/343).” (*in* Código Penal Interpretado, ed. Atlas, 2003, pág. 697).



NOP
Nº 70044707404
2011/CRIME

3. Assim, nos termos supra, dou provimento ao agravo, para julgar extinta a punibilidade da ação penal na forma do anterior artigo 107, inciso VII, do Código Penal.

DES.^a NAELE OCHOA PIAZZETA (REDATORA)

Com a devida vênia ao entendimento do Relator, nego provimento ao agravo em execução.

De plano, registro que não consta dos autos prova idônea no sentido de demonstrar plenamente a alegada união estável da vítima com terceiro, a atrair a causa extintiva prevista no art. 107, VIII, do Código Penal, vigente ao tempo do fato.

A declaração acostada pelo agravante à fl. 32, firmada em 17 de dezembro de 2010 pela vítima e seu companheiro, não se mostra suficiente para tanto.

Além disso, dos documentos juntados ao agravo, destaco o termo de depoimento da vítima L., prestado no ano de 2005 (fls. 43-47). Nesta oportunidade, a ofendida mencionou que tinha um namorado, chamado A. Tal informação contrasta diretamente com o conteúdo da declaração acima referida.

Da mesma forma, não se pode olvidar que se está diante de uma condenação com trânsito em julgado, que seguiu todo o trâmite processual até a formação de uma decisão definitiva a respeito da responsabilidade do réu pela prática dos crimes descritos na inicial acusatória.

Assim, tenho que a discussão em sede de agravo em execução não teria força suficiente para a finalidade almejada.



NOP
Nº 70044707404
2011/CRIME

Como a questão demanda dilação probatória, afigura-se prudente a ampliação da temática em sede de revisão criminal, após justificação criminal. Somente assim o ponto envolvendo o termo inicial da sustentada união estável da vítima poderia ser devidamente esclarecido.

Adotando o mesmo entendimento, embora em sede de *habeas corpus*, colaciono precedente do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO DE ESTUPRO. APLICAÇÃO RETROATIVA DA CAUSA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PELO CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO. ART. 107, VIII, DO CÓDIGO PENAL. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NA NORMA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVER-SE O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. O WRIT NÃO PODE SER UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL, SALVO NOS CASOS DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - **Ausência de comprovação por meios idôneos da alegada união estável da vítima.** II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelas instâncias inferiores seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório constante dos autos, providência incabível na via do habeas corpus. III - Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, a via do habeas corpus não admite dilação probatória e pressupõe prova pré-constituída da existência do alegado, o que não ocorre na espécie. IV - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o habeas corpus não pode ser manejado como sucedâneo de revisão criminal, salvo na hipótese de ilegalidade flagrante em condenação com trânsito em julgado. Precedentes. V - Ordem denegada. (HC 104408, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-207 DIVULG 27-10-2010 PUBLIC 28-10-2010 EMENT VOL-02422-01 PP-00108 LEXSTF v. 32, n. 383, 2010, p. 464-473)



NOP
Nº 70044707404
2011/CRIME

No que tange à presença de violência real ou grave ameaça na conduta, adiro à fundamentação lançada pelo Desembargador Carlos Alberto Etcheverry, por com ela concordar integralmente.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo em execução.

DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY

Divirjo do eminente relator, pois não vejo a possibilidade de extinção de punibilidade no caso dos autos.

O apenado restou condenado à pena privativa de liberdade de quatorze anos e vinte e dois dias de reclusão, pelo crime de atentado violento ao pudor contra uma das filhas (art. 214 c/c o art. 224, 'a', e 226, II, na forma do art. 71, parágrafo único, todos do CP). Começou a cumprir pena em 03/08/2005.

Pretende o agravante a extinção da punibilidade com fundamento na antiga redação do art. 107, VIII, do CP, revogado pela Lei nº 11.106, de 29/03/2005:

“VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração.”

O pedido foi indeferido.

Correto o indeferimento, pois não verificada a ocorrência da hipótese fática prevista no revogado dispositivo legal, e isso por vários motivos.

Primeiro, porque a previsão legal é de casamento da ofendida com terceiro, e, no caso dos autos, o que se verifica é união estável. Em que



NOP
Nº 70044707404
2011/CRIME

pese a equiparação entre ambos os institutos, não é pacífico que a causa de extinção de punibilidade em questão atinja situação jurídica não prevista de forma expressa em lei.

Segundo Nucci¹,

“Defendíamos a posição de ser inaplicável a esta causa de extinção da punibilidade a ocorrência de união estável entre a vítima e o agente do delito. Porém, embora constituísse jurisprudência dominante a possibilidade de aplicação do benefício nesse contexto, há decisão do STF no prisma por nós sustentado: “em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de se aplicar a regra prevista no inciso VII do art. 107 do CP em favor do condenado por estupro, que passou a viver em união estável com a vítima, menor que quatorze anos, e o filho, fruto da relação (...). Entendeu-se que somente o casamento teria o condão de extinguir a punibilidade, e que a união estável sequer poderia ser considerada no caso, haja vista a menor ser incapaz de consentir (...)”.

Além disso, não há prova robusta de que a união estável tenha tido início justamente na data indicada na declaração de fl. 32. Providencialmente, a data referida é anterior à revogação da causa de extinção de punibilidade. O que se tem de concreto a indicar a efetiva existência de ligação dessa natureza é o nascimento da filha da ofendida, ocorrido apenas no ano de 2006. A declaração, por outro lado, foi firmada apenas em dezembro de 2010 e, para mim, tudo que ela prova é que nessa data o casal declarou que a união estável datava de 05 de fevereiro de 2004. Se isso fosse verdade, entretanto, porque apenas em janeiro do corrente ano o recorrente formulou o pedido de extinção de punibilidade, quando há muito já deveria ter conhecimento da vida sentimental da vítima, já que esta está entre as poucas pessoas que o visitam, como informado a fl. 14? Tudo está a indicar que se trata de mais um expediente defensivo, resultante da

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 542.



NOP
Nº 70044707404
2011/CRIME

pressão evidentemente sofrida pela ofendida durante todo o processo, situação que persiste ainda agora.

Segundo, não há que se falar em ausência de violência real, diante da hediondez fática do crime cometido pelo réu contra a filha L., desde os cinco anos de idade, consumando-se a penetração vaginal quando ela tinha apenas oito anos. A violência sofrida pela psique da ofendida, obrigada a manter relações sexuais com o próprio pai durante um longo período de tempo, é evidente e restou relatada ao Ministério Público à época do processo de conhecimento. A dimensão psíquica é hoje tida como constituinte do corpo físico, e a violência sobre ela exercida se caracteriza como violência real, que afasta a incidência da causa de extinção de punibilidade.

Outrossim, trata-se de crime cometido mediante grave ameaça ou violência, que sequer precisa ser comprovada tendo em vista a idade da vítima. Por essa razão, Nucci diz que a causa de extinção de punibilidade só se aplica nas hipóteses dos arts. 215, 216, 216-A e 218 do CP² (antiga redação).

Por fim, como bem salientou o magistrado, trata-se de ação penal pública incondicionada, uma vez que a ofendida era criança e o violador o próprio pai, sendo inadmissível exigir algo que se assemelhe a um requisito de procedimentabilidade, como seria a manifestação de interesse da ofendida no prosseguimento da ação.

Por todos os motivos expostos, voto no sentido do improvimento do recurso, diante da inaplicabilidade do dispositivo legal invocado ao caso dos autos.

² Ob. Cit., p. 542.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



NOP
Nº 70044707404
2011/CRIME

DES. SYLVIO BAPTISTA NETO - Presidente - Agravo em Execução nº 70044707404, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO, VENCIDO O RELATOR QUE DAVA PROVIMENTO."

Julgador(a) de 1º Grau: ALEXANDRE DE SOUZA COSTA PACHECO