

**ESTUPRO PRESUMIDO.** Erro sobre elemento constitutivo do fato, que não ocorreu. A violência é presumida pela lei e para demovê-la é necessária prova robusta, não simples alegações.

Não acarreta nulidade a falta de curador a réu menor que constitui defensor. (Súmula 352).

Representação: ampla interpretação que o S.T.F. vem dando à regra do art. 24 do Código de Processo Penal.

**Ney Fayet**

Promotor Público designado

Improcedem as duas preliminares de nulidade do processo e também o pedido de desclassificação do delito pleiteados pelo apelante — embora o magnífico trabalho de seu culto defensor, em suas excelentes razões de apelação —, devendo ser mantida a douda sentença de primeiro grau, prolatada com pleno apoio na prova, com correta aplicação do direito e exata fixação da pena, cassada, apenas, a majorante.

1. A 1.<sup>a</sup> nulidade argüida:

Falta de nomeação de curador ao réu, no interrogatório (Arts. 194 e 564, III, “c”, do Código Penal).

- a) No caso dos autos não ocorreu a pretendida nulidade.

O Egrégio S.T.F. já sumulou que:

“Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve assistência de defensor dativo (Súmula 352).

**Ora, in casu, o réu constituiu seu defensor** (procuração de fls.), que exercitou plena e denodadamente a defesa de seu constituinte, oferecendo alegações preliminares e rol de testemunhas (fls.); esteve presente nas audiências e fez perguntas (assentada de fls., depoimentos a fls.); apresentou alegações finais (fls.); foi intimado da sentença (fls.); interpôs a apelação (fls.).

Assim, se, segundo a Súmula 352 do S.T.F., a assistência de um defensor dativo é suficiente para não anular o processo penal, **com muito mais razão não será nulo o processo penal no qual o réu constituiu seu defensor através de procuração, exercendo o direito de escolher seu advogado, que se houve com zelo e diligência no desempenho de seu mandato.**

Assim também entende o Tribunal de Justiça do nosso Estado, que através de sua colenda 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal, tendo como Relator o eminente Des. **Telmo Jobim**, em acórdão da **Revista de Jurisprudência do TJRS** n. 5/122, já decidiu:

“A jurisprudência tem acentuado que a constituição ou nomeação de defensor dispensa o curador (Darcy Miranda, Jurisprudência sobre o Código de Processo Penal, n.ºs 4.523 e 4.527)”.

b) No caso dos autos o réu menor de 21 anos, já era casado.

Quando praticou o delito que lhe é imputado na denúncia, o réu já era casado, conforme ele mesmo declarou perante a autoridade policial. Essa circunstância consta da peça vestibular e foi reconhecida na sentença apelada, que lhe aplicou a majorante do art. 226, III.

Ora, segundo o Código Civil (art. 8.º, § 1.º II), cessa a incapacidade, para os menores, pelo casamento. E, para todos os efeitos civis.

Assim, como “a nomeação de curador destina-se apenas a integrar a capacidade processual do réu”, se este já é plenamente capaz, pelo casamento, não é necessária a nomeação de curador para assisti-lo no interrogatório judicial.

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“pelo simples fato de ser casado, o réu adquire capacidade processual penal” (Piragibe, Dicionário de Jurisprudência Penal, vol. I, pág. 22),

citado pelo acórdão da lavra do eminente Des. **Telmo Jobim**, já mencionado, que acrescenta, com muita propriedade:

“É certo que quanto ao direito penal substantivo a maioridade só se adquire aos vinte e um anos”.

Donde se conclui, pela lógica, que quanto ao direito penal adjetivo a maioridade poderá ocorrer pelas formas legais de aquisição de capacidade civil, mesmo porque a existência de curador ao réu menor de 21 anos destina-se apenas a integrar sua capacidade processual.

c) O réu teve curador no inquérito policial.

A mens legis da norma que determina a nomeação de curador ao réu menor é impedir que este prejudique sua futura defesa em virtude de um depoimento falho, com expressões e afirmativas que não ocorreriam se fosse instruído a depor, como ensinam os doutrinadores unanimemente.

Ora, o réu, embora casado, teve curador que lhe assistiu no seu depoimento perante a autoridade policial (fls.) e que prestou compromisso de conformidade com a lei (fls.). E foi nesse momento, com a assistência do curador, que não negou o fato de ter mantido congresso carnal “nuns matos perto da casa de Cenair” e que depois dessa vez tiveram “o declarante e Cenair mais quatro ou cinco encontros, quando mantiveram relações sexuais”.

Em juízo, sem curador, o réu depõe de modo muito mais favorável a ele, negando a autoria das diversas cópulas com a menor, com exceção de uma.

Sua defesa não foi prejudicada pela falta de curador. No seu primeiro contato com a autoridade ele teve curador e narrou os acontecimentos, devidamente assistido. Mudou-os para melhor em juízo. Não teve nenhum prejuízo a defesa.

d) O réu “casou obrigado”.

O réu — é necessário consignar-se, pois é dado de real valia para o aplicador da lei — quando casou, bem antes de estuprar a ofendida (fls.),

“Casou obrigado com a sobrinha do declarante porque antes do casamento o acusado tinha feito o serviço na sobrinha do declarante”.

Embora discutindo-se o direito, nesta preliminar, esse dado é marcante para informar o julgador de que o réu não é o menor puro e recatado, necessitado do amparo de um curador para depor. Pelo contrário, é o homem de 20 anos, casado, e experiente em casos dessa natureza...

Por tudo isso, é de ser rejeitada a primeira preliminar.

2. A 2.<sup>a</sup> nulidade argüida:

Defeito de representação, já que inexistente prova de que o representante seja tutor da ofendida.

O documento de fls. é uma certidão (de 3/10/62) extraída do registro de nascimento da menor ofendida, que se encontra nos autos do processo de tutela n.º 1.744, de Ijuí, no qual é requerente Alberto Hanusch.

Isso prova que antes, de 1962, o representante Alberto Hanusch requerera a tutela da menor ofendida, o que demonstra seu interesse pela mesma. Não informam os autos, realmente, se foi deferido ou não o pedido de tutela, mas esse dado é irrelevante porque o representante se considera "pai de criação da ofendida, pois recebeu a mesma a seus cuidados, quando ela tinha apenas 6 meses de idade". (fls.)

A menor sempre morou na casa do representante, desde que ali foi entregue pela mãe, sendo criada e educada como filha.

A interpretação ampla que o S.T.F. vem dando à regra do art. 24 do Código de Processo Penal é elogiada por Heleno Fragoso (Jurisprudência Criminal n.º 182), pois "abrange muitas situações que, a rigor, não seriam de representante legal. Tem em vista, tal orientação, o alcance da disposição e o seu sentido social."

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua colenda 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal, Relator o eminente Juiz Rubens Magalhães (Rev. Jurisp. n.º 17/57) espousa a liberal exegese, entendendo o direito de representação até mesmo a quem tem a vigilância da ofendida.

"De resto, em se tratando de órfã de mãe, estando o pai em paradeiro ignorado, quem quer que tenha a simples vigilância da menor está legitimado para oferecer a representação; trata-se de imposição de interesse social." Por tudo isso é de ser rejeitada a segunda preliminar.

3. No mérito.

Apesar do brilho e da erudição com que foi apresentada a tese da defesa, no mérito, também não pode prosperar, pois é baseada em um sofisma, pecando pela base.

O erro quanto à condição integrante do tipo, quanto a um elemento constitutivo do fato típico, que excluía culpabilidade do agente e conseqüentemente a punibilidade, é o erro essencial.

Mas, “é preciso, porém, que o erro tenha conduzido o agente à consciência de que age de maneira não contrária ao Direito, não ter dúvida sobre a licitude de seu comportamento. A dúvida conduziria a uma situação de dolo eventual, ou de culpa consciente” como ensina Anibal Bruno (Direito Penal, I, tomo II, 119).

No caso dos autos, apenas no inquérito policial o réu disse ter a ofendida informado que “tinha dezesseis anos”.

Mas ele réu morava há dois anos nas terras do pai da ofendida, (fls.), e devia pois saber que a menor ofendida era apenas uma criança, com 12 (doze) anos.

Se não soubesse, devia necessariamente presumir, pois não é crível que ele a conhecendo há quatro anos, quando então ela teria apenas 8 anos, (fls. — resposta ao item, do interrogatório, no início), a confundisse com uma menor de 16 anos.

Mas, mesmo que a entendesse com 16 anos, esse seu entendimento, face às circunstâncias do fato, não lhe aproveitaria: não provou de nenhuma maneira o porque acreditou na informação da ofendida; não demonstrou as causas que teriam contribuído para firmar tal convencimento.

E, esta é a verdade, nunca esteve seguro da licitude de seu ato, pois é ele mesmo quem informa não ter aceitado o convite para a cópula quando se dirigia para a cooperativa, somente copulando com a menor quando, na volta para casa, a encontrou novamente.

Não houve, pois, erro sobre elemento constitutivo do fato. O réu sabia, por conhecê-la há 4 anos, (desde quando ela tinha 8 anos de idade) que a ofendida era menor, com 12 anos.

Inteligentemente, na apelação, o culto patrono do réu deixou de lado a única tese capaz de abalar o absolutismo da presunção de violência pela idade da ofendida, que é a da falta de *innocentia consilii*, — pois que isso o primeiro e brilhante defensor do réu não conseguiu provar, — e lançou-se, habilmente, na do erro de tipo.

Também essa não pode vingar, pois não provou o réu desconhecer a idade da ofendida, que era de somente 12 anos.

A violência é presumida pela lei e para demovê-la é necessária prova robusta. Não simples alegações.

#### 4. Causa especial de aumento de pena: art. 226, III, do Código Penal.

Apesar de inexistirem dúvidas sobre o estado civil do réu, que é casado, pois, além dele confessar, as testemunhas também in-

formaram, não poderia com essas provas apenas ser aplicada a majorante, pois a jurisprudência é pacífica no entendimento de que para a aplicação da causa especial de aumento de pena do art. 226, III, do Código Penal, por se tratar de estado civil da pessoa, a prova deverá ser feita conforme o estabelecido na lei civil (certidão de casamento).

5. Finalizando, é o Ministério Público de parecer, deva ser dado provimento parcial à apelação para, rejeitadas as preliminares, cassarem, no mérito a majorante do art. 226, III, do Código Penal, por falta de prova adequada, reduzindo-se a pena da parcela aumentada, fixando-a em definitivo em três anos de reclusão, que foi a pena base imposta na sentença.

**JUSTIÇA.**

Porto Alegre, 14 de julho de 1972.